Die Haftung des Vertretenen für das Verschulden des Stellvertreters beim Vertragsschluss

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen

vorgelegt von

Friedrich Faber
Referendar am Amtsgericht Stuttgart I

Weihnachten 1926

Druck von J. Fink, Hofbuchdruckerei, Stuttgart

Referent: Professor W. v. Blume

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung 5

I. Kapitel:

Das Verschulden beim Vertragsschluß 9
§ 2. Die Bestimmungen des BGB. 9
§ 3. Die Gedanken der Motive 11
§ 4. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 13
§ 5. Die Stellungnahme der Literatur 15

II. Kapitel:

Die Haftung des Vertretenen für die culpa in contrahendo des Stellvertreters 19
§ 6. Die Vollmacht des Stellvertreters und die Haftung für seine culpa in contrahendo 19
§ 7. Die Ansicht Riehls 26
§ 8. Die Motive zum BGB. 28
§ 9. Die Entscheidung des Reichsgerichts in Band 61 Seite 207 ff. 30
§ 10. Die neuere Praxis des Reichsgerichts 34
§ 11. Das Gebot der Interessenlage 39
1. Die Sachlage, wenn der Vertretene nur bei eigenem Verschulden haftet 40
2. Die Frage des Selbstschutzes des Gegenkontrahenten 41
3. Der Schutz durch eine Haftung des Stellvertreters 44
4. Das Gelingen oder Mißlingen des Entlastungsbeweises des § 831 . 45
5. Die unbedingte Haftung für die culpa in contrahendo des gewillkürten Bevollmächtigten 49
6. Die Haftung für die culpa in contrahendo des gesetzlichen Vertreters 51
7. Der Umfang der Schadensersatzpflicht 58
§ 12. Konstruktionsfragen 59

Einleitung.

§ 1.

Das moderne Wirtschaftsleben mit seiner starken Ausdehnung der geschäftlichen Beziehungen und seiner Tendenz zur Ballung großer Kapitalkräfte in einer Hand hat es mit sich gebracht, daß der Wirtschaftende zur Erreichung seiner Zwecke, zur Vornahme tatsächlicher und rechtlicher Handlungen in stets wachsendem Maße sich der Unterstützung durch die Arbeitskraft anderer bedient. Man denke an die heutigen großen Geschäftsbetriebe, die organisatorisch wie rechtlich einem Oberhaupt unterstehen, in denen die Zahl der für den Betrieb Tätigen in die Hunderte, ja Tausende geht. Hundertfältig ist der Betrieb nach innen geschachtelt, hundertfältig sind die Rechtsbeziehungen zwischen den Betriebstätigen und zwischen der Außenwelt. Der geschäftliche Leiter ist nicht in der Lage, die wirtschaftlichen und rechtlichen Verknüpfungen des Geschäfts mit Dritten in ihrer Gesamtheit zu übersehen und zu überwachen. Notgedrungen beschränkt er sich auf das Wichtigste und überläßt große Teile des geschäftlichen Aufgaben- und Wirkungskreises anderen, Unterorganen.

Das in wirtschaftlicher Hinsicht solchen Hilfskräften Gemeinsame ist, daß sie in fremdem Interesse tätig sind. Nicht in dem Sinne, daß ihre Arbeit Uneigennützigkeit wäre; selbstverständlich ist das Motiv, aus dem heraus sie arbeiten, in der Regel ihr eigenes wirtschaftliches Interesse. Kennzeichnend ist aber, daß sie, um schließlich ihr eigenes Interesse befriedigen zu können, sich einer anderen Wirtschaftseinheit unterordnen, daß sie als deren Diener tätig und bei ihrem Tun dem Interesse dieser ihnen fremden Wirtschaftseinheit förderlich sind. Der Erfolg ihrer Bemühungen gebührt der über ihnen stehenden wirtschaftlichen Einheit, welche dann erst intern, je nach dem einzelnen Fall, ihren Hilfspersonen für ihre Mühewaltung erkenntlich ist.

Diese Tatsache, daß der unmittelbare wirtschaftliche Erfolg der Arbeit der Hilfskräfte ihren Geschäftsherrn, nicht ihnen selbst zugute

kommt, ist für die juristische Erfassung der Rechtsbeziehungen zwischen Hilfspersonen und Geschäftsherrn einerseits und fremden Dritten andererseits von Bedeutung. Eine Hauptaufgabe, welche der Gesetzgebung wie Rechtsprechung dabei obliegt, ist, eine Abgrenzung dahin zu gewinnen, inwieweit der Geschäftsherr für ein Verschulden der Hilfsperson Dritten gegenüber einzustehen habe. Die rechtliche Regelung, daß ein Verletzter und Geschädigter in allen Fällen nur an die schuldhaft handelnde Hilfsperson sich halten könne und nicht auch an den Geschäftsherrn, konnte auf die Dauer nicht befriedigen; ist doch die Hilfsperson häufig vermögenslos, während der Geschäftsherr, dem das Handeln des Gehilfen unmittelbar zugute kommt, kapitalkräftig ist, so daß der Verletzte, wenn er sich an den Gehilfen hält, wahrscheinlich leer ausgehen wird, während der Geschäftsherr in der Lage ist, ihm seinen Schaden zu ersetzen. Andererseits schien es ebenso unbillig, den Geschäftsherrn für alles und jegliches schuldhafte Handeln seiner Hilfsperson unbedingt und ohne Ausnahme haften zu lassen. So hat man sich bemüht, eine den Billigkeitserfordernissen Rechnung tragende Abgrenzung zu gewinnen. Das BGB. z. B. hat geglaubt, eine allgemeine Regel aufstellen zu können, indem es dabei schuldrechtliche und nichtschuldrechtliche Handlungsgrundlagen unterschied. Es hat in § 278 eine allgemeine unbedingte Haftung des Geschäftsherrn für Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, normiert, insoweit also dem Geschäftsherrn eine Gefährdungshaftung auferlegt. Beauftragt dagegen der Geschäftsherr eine Hilfsperson zur Vornahme einer Handlung, zu der er, der Geschäftsherr, nicht auf Grund eines Schuldverhältnisses verpflichtet ist, dann kann er nach § 831 nachweisen, daß er bei der Auswahl der Hilfsperson und bei der Leitung ihrer Arbeit, sofern eine solche geboten war, mit der nötigen Sorgfalt zu Werke gegangen ist. Gelingt ihm dieser Nachweis, dann haftet er für eine unerlaubte Handlung seiner Hilfsperson nicht. Er haftet also in Wahrheit nicht für deren Verschulden, sondern für das eigene.

Die vorliegende Arbeit hat sich zum Thema gesetzt eine Untersuchung darüber, inwiefern der Vertretene für ein Verschulden seiner Stellvertreter beim Vertragsschluß haftet. Das Wort Stellvertreter wird hier im engeren Sinne des unmittelbaren Stellvertreters gebraucht und umfaßt sowohl den gewillkürten wie den gesetzlichen Vertreter.

Es erscheint notwendig, vor dem Übergang zum engeren Thema die Frage der Haftung für ein Verschulden beim Vertragsschluß an sich in kurzen Zügen zu behandeln. Denn die Frage der Haftung für ein Verschulden des Stellvertreters in contrahendo wird wesentlich beeinflußt werden von der Lösung des culpa-in-contrahendo-Problems selbst. Es wird insbesondere wichtig sein, festzustellen, inwieweit man eine grundsätzliche Haftung für vorvertragliches Verschulden über-

haupt anerkennt oder inwieweit nicht, ob man glaubt, vor Vertragsschluß gelte allein der Rahmen der Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen, oder ob man glaubt, es bestehen schon in contrahendo zwischen den Vertragsschließenden weitergehende Pflichten zur gegenseitigen Rücksichtnahme.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550010_0141

I. Kapitel.

Das Verschulden beim Vertragsschluß.

§ 2.

Die Bestimmungen des BGB.

Unbestritten ist heute, daß das BGB. in seinen Bestimmungen keine allgemeine Regel, inwieweit für ein Verschulden der Kontrahenten bei Vertragsschluß gehaftet werde, gegeben hat. Zwar kannte es einzelne Bestimmungen, die mit den Gedankengängen, wie sie bei der prinzipiellen Durchdenkung des culpa-in-contrahendo-Problems auftauchen, eng zusammenhängen, ohne daß es jedoch möglich wäre, aus diesen einzelnen Bestimmungen eindeutige allgemeine Schlüsse auf die Stellungnahme des BGB. zum culpa-in-contrahendo-Problem im ganzen zu ziehen.

Der deutlichste Fall, wo das BGB. eine Haftung für vorvertragliches Verschulden normiert hat, ist der des § 694. Der Hinterleger hat den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer entstandenen Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung weder kannte noch kennen mußte oder daß er sie dem Verwahrer angezeigt oder dieser sie ohne Anzeige gekannt hat. Dem Hinterleger obliegt also, bevor er den Hinterlegungsvertrag schließt, die Pflicht, die zu hinterlegende Sache auf ihre gefahrdrohende Beschaffenheit zu prüfen und etwaige Befunde in dieser Richtung dem Verwahrer mitzuteilen, und zwar haftet er dabei dem Verwahrer für jedes Verschulden, für Vorsatz wie für Fahrlässigkeit. Das besondere Interesse des Verwahrers erscheint gegenüber dem Hinterleger schon vor Vertragsschluß als schutzwürdig.

In den Fällen des Kaufs, der Miete, des Werkvertrags und der Schenkung schützt das BGB., abgesehen von den allgemeinen Bestimmungen in § 823 und § 826 durch Einzelregelung (§§ 443, 463, 476, 540, 637, 524,1) den Kontrahenten gegen das arglistige Verschweigen eines

Rechts- oder Sachmangels des vom abgeschlossenen Vertrag umfaßten Gegenstands und legt einem vertraglichen Ausschluß der Haftung für solch arglistiges Verschweigen keine Geltung bei. Es ist beim Abschluß eines solchen Vertrags dem Verkäufer oder Vermieter auf jeden Fall verboten, gegen das Interesse des Gegenkontrahenten insofern arglistig zu handeln, als er einen ihm bekannten Rechts- oder Sachmangel mit dem Bewußtsein verschweigt, daß der Gegenkontrahent, wenn er um den Mangel wüßte, den Vertrag überhaupt nicht oder wenigstens nicht mit diesem Inhalt abschließen würde.

Der diesen Einzelbestimmungen zugrunde liegende Haftungsgedanke setzt hier, um praktisch zu werden, das Zustandekommen eines Vertrags voraus. Nur wenn der Verwahrungsvertrag, der Kaufvertrag wirklich zustande gekommen ist, haftet nach dem Wortlaut dieser Einzelbestimmungen der Kontrahent für seine schuldhafte Nichtuntersuchung der Sache bzw. für das arglistige Verschweigen von Mängeln. Die Tatsache, daß hier der Vertragsschluß die Voraussetzung ist für die Haftbarmachung des Kontrahenten, macht aber nicht die Haftung zu einer vertraglichen. Nicht ist der zustande gekommene Vertrag die rechtliche Grundlage dieser Haftung des Kontrahenten. Die schuldhafte Handlung, die zum Schadensersatz verpflichtet, liegt zeitlich vor Abschluß des Vertrags und der nachfolgende Vertragsabschluß kann niemals die causa der Haftung für dieses vorvertragliche Verschulden, höchstens die condicio für die Geltendmachung der Haftung aus diesem Verschulden sein.

Das BGB. kennt aber auch Bestimmungen, in denen ein vorvertragliches Verschulden außerhalb des Rahmens der unerlaubten Handlungen zum Schadensersatz verpflichtet, ohne daß ein gültig zustandegekommener Vertrag vorausgesezt wird. Wenn ein Vertrag wegen Verbotswidrigkeit oder Unmöglichkeit nichtig ist, so haftet nach § 307 und § 309 der Teil, der die Unmöglichkeit der Leistung oder die Verbotswidrigkeit des Vertrags gekannt oder schuldhaft nicht gekannt hat, dem andern Teil, der davon ohne Verschulden nichts wußte, auf das negative Interesse. Ebenso ist nach § 663 derjenige zum Schadensersatz verpflichtet, welcher sich zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich erboten hat, oder sich einem bestimmten Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte angeboten hat, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt und die Ablehnung schuldhaft nicht unverzüglich erklärt. Auch hier entspringt aus einem Verhalten, das auf den Abschluß eines Vertrags hinzielt, in gewissem Umfang eine Pflicht zur Rücksicht auf das Interesse derer, mit denen ein Vertrag zustande kommen soll. Schuldhafte Verletzung dieser Pflicht verpflichtet zum Schadensersatz. In diesem Falle fehlt der Vertragsschluß als Voraussetzung der Inanspruchnahme des Kontrahenten aus Verletzung solcher vorvertraglicher Pflichten.

§ 3.

Die Gedanken der Motive z. E. I. des BGB.

Soweit der Wortlaut der positiven Bestimmungen des BGB., welche die in das allgemeine Gebiet der culpa-in-contrahendo-Haftung gehörenden Fragen im besonderen betreffen. Es fragt sich nun, was aus diesen verstreuten und unzusammenhängenden Einzelbestimmungen für eine prinzipielle Stellungnahme zum culpa-in-contrahendo-Problem im allgemeinen sich folgern läßt. Haben die Verfasser des BGB. geglaubt, mit diesen wenigen Paragraphen die Rechtspflichten der Kontrahenten während der Vertragsverhandlungen, abgesehen von den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen, erschöpfend geregelt zu haben, so daß also keinerlei sonstige Pflicht zur Rücksicht auf die Interessen des Gegenkontrahenten bestünde, oder läßt sich aus diesen Einzelparagraphen entnehmen, daß der Gesetzgeber bewußt eine grundsätzliche Stellungnahme vermieden hat, nur diese ihm besonders wichtig erscheinenden Einzelfälle hat regeln wollen und die grundsätzliche Entwicklung des Problems, inwiefern schon während der Vertragsverhandlungen eine allgemeine Pflicht der Kontrahenten zur gegenseitigen Rücksichtnahme besteht und inwiefern eine schuldhafte Verletzung dieser Pflicht haftbar macht, der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlassen hat? Oder hätte schließlich der Gesetzgeber das Vorhandensein des culpa-in-contrahendo-Problems in seiner prinzipiellen Bedeutung gar, wie bei der Frage der Haftung für die sogenannten positiven Vertragsverletzungen angenommen wird, ganz übersehen?

Das Letztere darf kaum angenommen werden, da bei der Gründlichkeit, mit der die Väter des BGB. zu Werke gingen, es unwahrscheinlich wäre, daß sie das schon im römischen Recht, wie in den neueren außerdeutschen und den deutschen partikularrechtlichen Gesetzgebungen behandelte Problem nicht gekannt hätten. Auch sprechen die Motive z. E. I. des BGB. von den hierher gehörenden Fragen, allerdings nicht allgemein, sondern nur an den Stellen, wo dann eine Einzelregelung gegeben wurde. Sie lassen auch bei der Begründung dieser gegebenen Einzelregelung eine grundsätzliche Stellungnahme vermissen. So heißt es bei der Begründung, weshalb bei einem Vertrag, der auf eine unmögliche oder verbotene Leistung gerichtet ist, der die Unmöglichkeit oder Verbotswidrigkeit Kennende oder schuldhaft nicht Kennende dem andern Teil auf das negative Interesse haften müsse. Dies entspreche einem heutzutage nahezu allgemein anerkannten unabweislichen Verkehrsbedürfnisse, der Praxis, wie der bisherigen Gesetzgebung (vgl. Mot. Bd. II § 345 S. 178). Also kein Zurückgehen auf die dieser Bestimmung zugrunde liegende Abwägung der Interessen. Weiter heißt es bei der Begründung des jetzigen § 463 Satz 2 in den

Motiven (Bd. II § 385 S. 229): Bei einem solchen arglistigen Ver-
schweigen des Fehlers einer verkauften Sache habe der Getäuschte zwa
die Möglichkeit, den Vertrag anzufechten, er könne dann den Ersa
des negativen Interesses fordern, aber der Entwurf wolle mit der
geltenden Recht den Käufer nicht auf dieses negative Interesse be
schränken. Wörtlich heißt es dann: „Das dem geltenden Rechte auge
scheinlich zugrunde liegende Bedürfnis, den unredlichen Veräußere
in dem in Frage stehenden Falle wegen der hervorragenden Wichtig
keit im Interesse tunlichster Sicherung des Verkehrs mit empfindliche
Nachteilen zu bedrohen, verdient volle Beachtung." Auch hier nur Be
rufung auf das schon geltende Recht, auf ein Verkehrsbedürfnis, dan
Herbeiziehung eines Strafgedankens. Man hat sich wiederum gescheu
die Interessengründe für diese Entscheidung im einzelnen darzulege

Eine deutlichere Sprache redet die Begründung zum jetzigen § 69
(vgl. Mot. Bd. II, § 622 S. 582): „Die Haftung des Hinterlegers für eine
dem Verwahrer aus der Hinterlegung entstandenen Schaden läßt sic
nur vom Standpunkt einer zu vertretenden culpa in contrahendo be
gründen." Auf der Annahme einer solchen culpa basiert die Bestim
mung des Entwurfs. Hier allein sprechen die Motive es deutlich aus
daß schon vor Vertragsschluß dem Kontrahenten eine gewisse Prüfungs
und Anzeigepflicht obliegt und daß jede schuldhafte Verletzung dieser
Pflicht zum Schadensersatz verpflichtet. Dabei beschränkt sich dies
Begründung nicht streng auf den vorliegenden Einzelfall, sondern trägt
eine allgemeinere Färbung.

Die Frage, ob die Väter des BGB. bewußt der Wissenschaft und
Rechtsprechung die Entscheidung, inwieweit allgemein für ein Ver
schulden beim Vertragsschluß zu haften sei, überlassen, oder ob sie nu
die von ihnen geregelten Einzelfragen als Fälle der Haftbarkeit für
culpa in contrahendo anerkennen wollten, läßt sich nicht mit Sicher
heit aus den Ausführungen der Motive entscheiden. Die Begründung
die der Entwurf I zu dem heutigen § 694 gibt, spricht eigentlich für das
Letztere, denn die Motive reden hier ausdrücklich allgemein von einer
culpa in contrahendo und, wenn trotz Erwähnung des allgemeinen
Gedankens, auf den sich die Bestimmung des § 694 stützt, die Regelung
für diesen engen Einzelfall ausdrücklich getroffen worden ist, so ist es
nicht sehr wahrscheinlich, daß die Verfasser des Entwurfs in den tau-
send anderen Fällen, wo durch eine culpa in contrahendo Schaden ver-
ursacht wird, der Wissenschaft und Rechtsprechung freie Hand lassen
wollten. Praktisch ist es auch ohne Einfluß, welche Ansicht die Verfasser
des E. I. über das allgemeine culpa-in-contrahendo-Problem gehab
haben. Denn auch wenn nach ihrer Ansicht die Praxis sich ausschließ-
lich bei dieser Frage an die positiven Einzelbestimmungen halten sollte
und keine freie Hand hätte zur Aufstellung eines allgemeinen Prin-
zips, so läge hier der typische Fall einer Lücke im Gesetz vor. Eine

Lücke insofern, als aus dem Wortlaut und Sinn der einzelnen Bestimmungen, die diese Frage berühren, kein sicherer Anhalt sich ergibt, welche Entscheidung in den im Gesetz nicht behandelten Fällen einer durch culpa in contrahendo erfolgten Schadenszufügung zu treffen sei. Der Richter wäre, auch wenn man in den Motiven die Ablehnung eines allgemeinen Haftungsprinzips für vorvertragliches Verschulden finden wollte, in all den Fällen eine solche Haftung auszusprechen berechtigt, wo es von der Billigkeit und dem Interesse des Verkehrs gefordert wird.

§ 4.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Bald nach Inkrafttreten des BGB. zeigte sich, daß die wenigen im Gesetz gegebenen Einzelbestimmungen im Zeitalter eines stark entwickelten Verkehrs den praktischen Anforderungen nicht genügten. Die Rechtsprechung war gezwungen, von sich aus grundsätzliche Überlegungen anzustellen, ob und inwieweit ein auf Vertragsschluß gerichtetes Handeln und Verhandeln, außerhalb der durch die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen gegebenen Regeln, schon Beschränkungen in der Rücksichtslosigkeit der Interessenverfolgung, Pflichten zur Rücksicht auf die Interessen des Verhandlungsgegners auferlege. Ihr blieb es vorbehalten, entsprechend der zunehmenden Verdichtung der Geschäftsbeziehungen, die zwischen zwei Parteien von dem ersten Schritt zum Vertragsschluß von der ersten Anregung und Erwiderung über die einzelnen Phasen der Verhandlungen bis zum endlichen Abschluß des Vertrags sich entwickeln, in gleicher Weise die zunehmende Verdichtung der Rechtsbeziehungen und im gleichen Verhältnis die zunehmende Steigerung der Rechtspflichten zu normieren. Das Reichsgericht hat sich dieser Aufgabe mit bemerkenswerter Kühnheit unterzogen und hat nach mancherlei Schwanken und mancherlei Einschränkungen in seinen Entscheidungen der letzten Jahre sich zu dem Grundsatz durchgerungen, daß eine allgemeine Haftung für das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen anzuerkennen sei. Am stärksten formuliert dies die neueste Entscheidung in dieser Frage, RGE. Bd. 107, S. 357: Es wird für culpa in contrahendo gehaftet, gleichgültig ob der Vertrag zustandegekommen ist oder nicht. In der Entscheidung heißt es: Es sei ein seit Iherings Schrift über die culpa in contrahendo in der Rechtslehre vertretener Satz, daß auch schon vor Abschluß eines Vertrags zwischen den über einen solchen verhandelnden Parteien gewisse auf Treu und Glauben beruhende Sorgfaltspflichten, insbesondere zur Mitteilung und Offenbarung von Umständen, die auf die Entschließung des andern Teils über den Abschluß

und über die Gestaltung des Vertrags von Einfluß sein könnten, gründet seien und daß deren Nichterfüllung sowohl beim Zustan kommen des Vertrags wie auch beim Nichtzustandekommen ei solchen, namentlich im Falle einer dadurch verursachten Nichtigk Schadensersatzverpflichtungen erzeuge. Eine Verletzung der hier den Vorverhandlungen in Frage kommenden Pflichten liege aber n nur dann vor, wenn eine Partei bei den Verhandlungen über den V tragsschluß durch Aufstellung wissentlich wahrheitswidriger Beha tungen, also arglistig, das Nichtzustandekommen eines wirksamen V trags oder eine Schädigung des Vertragsgegners durch das Zustan kommen verursacht habe, vielmehr genüge dazu jedes nach § 276 vertretende schuldhafte Verhalten, also Vorsatz und Fahrlässigk Ausdrücklich werden die in früheren Entscheidungen gemachten E schränkungen aufgehoben, so die Einschränkung in RGE. 88, 105, von einer verletzbaren Rechtspflicht, dem Käufer vor Vertragssch erhebliche den Vertragszweck betreffende Tatsachen bekannt zu chen, nur dann gesprochen werden könne, wenn zwischen den V tragsschließenden schon zur Zeit des Vertragsschlusses ein Vertrau verhältnis bestand. Weiterhin werden die Einschränkungen der E scheidung in J. W. 1916 S. 116 aufgegeben, worin gleichfalls eine gemeine Haftung für culpa in contrahendo abgelehnt ist und eine sol nur anerkannt wird, wenn unter den Parteien, hier Käufer und V käufer, schon vorher ein Vertrauensverhältnis bestanden habe. Da hat sich diese letzte Entscheidung auf die E. in J. W. 1912 S. 743 rufen, die denselben Gedanken ausspreche. Diese Berufung war a falsch, denn die E. in J. W. 1912 S. 743 war gerade die erste Entsch dung des Reichsgerichts, die den Gedanken der allgemeinen Haftu für culpa in contrahendo ohne Einschränkung im Rahmen des § aussprach. Allerdings setzte diese Entscheidung in J. W. 1912 S. 743 Anerkennung einer solchen Haftung noch voraus, daß ein gültiger V trag zustande gekommen ist, und besagte, daß bei demjenigen V schulden bei Begründung von Schuldverhältnissen, das sich auf gültige Verträge beziehe, das BGB. eine Haftung nur in einzeln Fällen, z. B. § 307, § 309, eintreten lasse. Schon vor dieser neuesten E scheidung im 107. Bd. S. 357 wurde aber in RGE. 97 S. 336 und RGE. S. 267 anerkannt, daß auch bei Nichtzustandekommen des Vertr (nicht rechtzeitiges Zugehen rechtsgeschäftlicher Erklärungen info mangelnder Sorgfalt einer Partei bzw. Fehlen der Einigung info versteckten Dissenses) für culpa in contrahendo gehaftet werde. Eb so wurde schon vor der RGE. 107 S. 357, außer in J. W. 1912 S. 743, RGE. 95 S. 58 und RGE. 97 S. 325 anerkannt, daß für jedes Verschuld bei den Vertragsverhandlungen im Rahmen des § 276 gehaftet wer

Es darf deshalb festgestellt werden, daß heute die Rechtsprechu des Reichsgerichts sich dahin festgelegt hat, daß prinzipiell für cul

in contrahendo gehaftet werde und zwar gleichgültig, ob der beabsichtigte Vertrag gültig zustande gekommen ist oder nicht. Als Haftungsmaßstab ist der des abzuschließenden Vertrags anzunehmen. Soweit dieser für Vorsatz wie für Fahrlässigkeit eine Haftung eintreten läßt, haftet der Kontrahent im gleichen Rahmen. Soweit der beabsichtigte Vertrag einen weniger scharfen Haftungsmaßstab kennt (z. B. Schenkung § 521), wird die Haftpflicht des Kontrahenten für sein Verhalten vor Vertragschluß entsprechend weniger streng sein.

§ 5.

Die Stellungnahme der Literatur.

Die Erfordernisse der Billigkeit, welche das Reichsgericht zwangen, die culpa-in-contrahendo-Haftung in diesem weiten Rahmen anzuerkennen, waren so zwingend und gebietend, daß die sachliche Stellungnahme des Reichsgerichts heute in der Literatur nicht mehr allzuviele Gegner findet. So ist es insbesondere der Kommentar der Reichsgerichtsräte und der Plancksche Kommentar, welche dem Reichsgericht beigetreten sind (vgl. RG. Komm. 5. Aufl. Bd. 1 S. 408, Plancks Komm. 4. Aufl. Bd. 2 Vorbem. I, 4, zu § 275 und 292 S. 190 ff.). Vgl. auch das Lehrb. von Enneccerus 15./17. Aufl. Schuldverhältnisse § 266 III S. 127.

Die E. des RG. in Band 97 S. 336, die als erste die Haftung für culpa in contrahendo auch bei Nichtzustandekommen des Vertrags anerkannte, wurde in J. W. 1921 S. 664 von Richter angegriffen mit der Behauptung, daß causa für den Ersatzanspruch aus culpa in contrahendo, abgesehen von den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen immer nur der Vertrag sein könne. Sei dieser nicht gültig zustandegekommen, so werde, abgesehen von den im Gesetz besonders aufgezählten Fällen, nicht gehaftet. Auch Leonhard (Verschulden bei Vertragsschluß 1910 S. 58) verlangt als Voraussetzung für die allgemeine Haftung aus culpa in contrahendo einen gültigen Vertrag. Die Gründe beider überzeugen aber nicht. Planck (Komm. 4. Aufl. Vorbemkg. I, 4 b zu den §§ 275 bis 292 S. 192) hat recht, wenn er ausführt, die Verantwortung für culpa in contrahendo müsse auch eintreten, wenn der Vertrag nicht zustande kommt: „Es fehlt nicht nur an einem gesetzlichen Anhalt, sondern auch an einem gesetzgeberischen Grunde dafür, daß diese Ersatzpflicht durch den nachmaligen Vertragsschluß bedingt sein sollte, obwohl die Folgen auch ohne den Vertragsschluß ganz die gleichen sein können." Die Billigkeits- und Interessengründe, welche die Haftung für culpa in contrahendo verlangen, sind vom nachherigen Zustande- oder Nichtzustandekommen des Vertrags unabhängig.

Eine prinzipielle, ausführlich begründete Ablehnung der reichsgerichtlichen Entwicklung des culpa-in-contrahendo-Problems habe ich

nur bei Riehl gefunden (Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Re
60. Jahrg. S. 790 ff.). Er behandelt allerdings nur die Frage der Arg
beim Vertragsschluß, doch aus seinen Ausführungen auf S. 919/20 g
hervor, daß er die Ablehnung einer Haftung für Fahrlässigkeit
Vertragsschluß als selbstverständlich ansieht. Riehl hält sich streng
den Wortlaut des BGB. und verneint das Vorhandensein eines all
meinen Gedankens in den das culpa-in-contrahendo-Problem berühr
den Einzelbestimmungen. Er stützt sich bei seiner Ansicht nicht
auf formale Bedenken, sondern führt Billigkeitserwägungen an.
unterscheidet scharf zwischen der Arglist in den Vorverhandlun
und der arglistigen Übernahme von Vertragspflichten und legt gro
Wert auf die Herausschälung des Vertragsinhalts aus dem bloß auß
vertraglichen Erklärungsmaterial: Aus den Erklärungen, die nicht W
tragsinhalt geworden seien, könne niemals eine Haftung aus dem W
trag und mit dem Maßstab des Vertrags begründet werden. Es gel
für diese Erklärungen allein die Vorschriften über die unerlaub
Handlungen. Es bestehe Anfechtungsmöglichkeit nach § 123 und n
einer zu Recht erfolgten Anfechtung das Recht zur Rückforderung
Geleisteten aus Bereicherung gemäß § 812. Nur wenn die arglisti
Vorspiegelungen sich zu Vertragsabreden verdichtet haben, kann sei
Ansicht nach eine Kontraktsklage erhoben werden; kann, aber n
nicht. Der Getäuschte kann auf dem abgeschlossenen Vertrag beha
seine Erfüllung so fordern, wie er abgeschlossen wurde. Er kann a
auch die außervertraglichen Klagen: Anfechtungs-, Bereicherun
Delikts-Klage anstellen. Wesentlich wird diese Unterscheidung z
schen Delikts- und Kontrakts-Klage besonders hinsichtlich der V
jährung und dann namentlich hinsichtlich der Frage, inwieweit
durch die arglistige Übernahme von Vertragspflichten entstandene Sc
den ersetzt wird. Mit der Klage aus Kontrakt kann bei Nichterfüllu
das positive Erfüllungsinteresse verlangt werden. Bei Klage aus Del
wird der Schaden ersetzt, welcher dem Gegner dadurch erwachsen
daß er sich auf den Vertrag eingelassen hat.

Mit Entschiedenheit wehrt sich Riehl (Seite 830 ff.) dagegen, daß
§ 463 Satz 2 ein Analogieschluß gezogen wird auf den Fall der a
listigen außervertraglichen Vorspiegelung bestimmter Eigenschaf
der zu verkaufenden Sache. Das Reichsgericht hat diesen Analog
schluß in zahlreichen Entscheidungen gezogen. Sein Gedankengang w
dabei folgender: Der Kaufvertrag verpflichtet zur Lieferung der Sa
in dem Zustande, wie sie sich zur Zeit des Kaufsabschlusses befind
Wird sie so geliefert, so hat der Verkäufer seine Vertragspflicht erfü
Wenn der, welcher einen Fehler arglistig verschwiegen hat, gem
§ 463 Satz 2 auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haftet tr
Lieferung der Sache, also trotz Erfüllung der Vertragspflicht, so kön
dies nur so verstanden werden, daß sein Verschweigen des Fehlers

Vertragsschluß, seine culpa in contrahendo, die Haftung begründe; und diese Haftung werde infolge gesetzlicher Vorschrift einer Haftung aus Vertrag gleichgestellt (vgl. RGE. 66 S. 87). Wenn aber der Haftungsgrund nicht die Lieferung der mangelhaften Sache an sich sei, sondern das arglistige Verschweigen vor Vertragsschluß, so gebiete die Gerechtigkeit und Billigkeit, daß der arglistigerweise eine bestimmte Eigenschaft der Sache Zusichernde nicht glimpflicher behandelt werde. Also hafte dieser auch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Riehl (Seite 832) führt dagegen aus, daß die Verkäuferpflicht begrifflich in eine Leistungspflicht einerseits und in eine Gewährleistungspflicht andererseits zerfalle und daß der eine mangelhafte Sache liefernde Verkäufer seine Vertragspflicht nicht erfülle. Wenn aber in der Lieferung einer mangelhaften Sache die Verletzung einer Leistungspflicht liege, so beruhen die Gewährleistungsvorschriften auf dieser nicht richtigen Erfüllung des Vertrages; und an sich müßten die Gewährleistungsvorschriften dazu führen, daß der Verkäufer in allen Fällen der Lieferung einer mangelhaften Sache zur Leistung des vollen Erfüllungsinteresses verpflichtet wäre. Aus Billigkeitsgründen habe man davon abgesehen und da, wo die Lieferung einer mangelhaften Sache ohne Arglist geschehen sei, Rücksicht auf den Schuldner genommen und dem Käufer nur das Recht der Wandelung oder Minderung zugesprochen. Diese Rücksicht habe man aber fallen lassen, wenn die Verletzung der verkäuferischen Leistungspflicht infolge Arglist geschehen sei. So erkläre sich die Vorschrift des § 463 Satz 2 ganz natürlich und damit ergebe sich auch gleichfalls, weshalb bei arglistiger Zusicherung einer solchen Eigenschaft, ohne daß vertragliche Garantie dafür übernommen würde, eine solche vertragliche Haftung auf das Erfüllungsinteresse niemals eintreten dürfe. Die Vorschrift des § 463 Satz 2 beruhe auf einer Verletzung der durch den Vertrag begründeten Pflichten, nicht auf einem vorvertraglichen Verschulden. Die vorvertraglichen Zusicherungen fallen nicht in den Rahmen des Vertrags, unterstehen allein den außerkontraktlichen Vorschriften.

Die Ansicht des Reichsgerichts und die Ansicht Riehls stehen sich scharf gegenüber; dort prinzipielle Anerkennung der culpa-in-contrahendo-Haftung, hier grundsätzliche Verneinung. Beim Reichsgericht Normierung fester Rechtspflichten schon bei den Vertragsverhandlungen, Pflichten zur Sorgfalt, zur Prüfung der den Vertragsgegenstand bildenden Sache, zur Anzeige von für den Mitkontrahenten erheblichen Tatsachen, Haftung für vorsätzliche und fahrlässige Verletzung dieser vorkontraktlichen Pflichten. Bei Riehl grundsätzliche Ablehnung des Bestehens solcher vorvertraglicher Pflichten. In contrahendo bilden allein die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen die Grenze des Erlaubten. Niemals bringt die Tatsache der Vertragsunterhandlungen eine Steigerung der allgemeinen Rechtspflichten mit sich.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit kann zum culpa-in-contrahendo Problem als solchem nicht selbständig Stellung genommen werden. E würde zu weit führen, eingehend zu untersuchen, ob und aus welche Gründen im einzelnen der reichsgerichtlichen Bejahung allgemeine vorvertraglicher Pflichten oder der Riehlschen grundsätzlichen Ver neinung solcher Pflichten zu folgen sei. Meiner Ansicht nach ist Riehl verneinende Stellungnahme unrichtig und abzulehnen, und zwar des halb, weil ihre Ergebnisse unbillig sind. Billig erscheint die reichs gerichtliche Anerkennung der grundsätzlichen Haftung für ein Ver schulden beim Vertragsschluß. Von dieser reichsgerichtlichen Grund ansicht zum Hauptproblem wird bei der Behandlung der Frage de Haftung für ein Verschulden des Stellvertreters beim Vertragsschlu ausgegangen werden.

II. Kapitel.

Die Haftung des Vertretenen für die culpa in contrahendo des Stellvertreters.

§ 6.

Die Vollmacht des Stellvertreters und die Haftung für seine culpa in contrahendo.

Wenn man der Frage nähertritt, inwiefern nach dem Recht des BGB. der Geschäftsherr für die culpa in contrahendo des Stellvertreters, des gewillkürten oder des gesetzlichen, zu haften habe, so erscheint es dabei zunächst zweckmäßig, zwischen den Verhandlungen, die auf Abschluß eines Vertrags hinzielen, und dem Inhalt des zustandegekommenen Vertrags zu unterscheiden. Jedem Vertragsschluß gehen solche Verhandlungen voraus. Dabei werden die Vertragsbedingungen formuliert, Angebote abgegeben, Vorschläge gemacht, stets gehen Erklärungen zwischen den Kontrahenten hin und her, Erklärungen, die mehr oder weniger geeignet sind, Inhalt des abzuschließenden Vertrags zu werden. Der Vertragsschluß ist die entscheidende Tat, welche aus den an sich noch nicht endgültig verpflichtenden Handlungen und Erklärungen bei den Vertragsverhandlungen einen mehr oder weniger großen Teil heraushebt und ihnen eine verpflichtende Kraft beilegt. Er fixiert rechtlich aus der unbestimmten Menge des Hin- und Herverhandelten das, worauf sich die Parteien geeinigt haben und wofür sie sich nach dem Inhalt des Vertrags bewußt haftbar machen. Praktisch mag es oft nicht leicht sein, besonders bei mündlich geschlossenen Verträgen, den Inhalt des Vertrags scharf zu trennen von solchen vorvertraglichen Handlungen und Erklärungen. Rechtlich besteht jedenfalls eine strenge Grenze und der Jurist hat die Aufgabe, diese Grenze zu bestimmen, denn nur für die zum Inhalt des Vertrags gewordenen Versprechungen haben die Kontrahenten auf Grund des Vertragsschlusses einzustehen. Nur diese haben sie zu erfüllen.

Zum Begriff des Kontrahierens gehören alle die auf die Herbeiführung des Vertragsschlusses gerichteten Handlungen und Erklärungen, wie die Vornahme des Vertragsschlusses selbst. Der Vertragsschluß besteht aber in der Übernahme vertraglicher Verbindlichkeiten; also hat man zu dem Begriff des Verschuldens beim Vertragsschluß sowohl das schuldhafte Verhalten bei der Führung der Vertragsverhandlungen als auch die schuldhafte Übernahme von Vertragspflichten zu rechnen. Vorwerfbares und nach der reichsgerichtlichen Ansicht zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten während der Vertragsverhandlungen ist z. B. die Unterlassung der Prüfung einer zu hinterlegenden Sache auf ihre Gefährlichkeit, oder arglistiges Vorspiegeln einer wertvollen Eigenschaft der zu verkaufenden Sache, ohne vertragliche Gewähr dafür zu übernehmen. Schuldhafte Übernahme von Vertragspflichten besteht z. B. in der arglistigen wider besseres Wissen gemachten vertraglichen Zusicherung einer wertvollen Eigenschaft der zu verkaufenden Sache oder in der arglistigen Übernahme einer vertraglichen Pflicht in dem Bewußtsein, zur Erfüllung des Vertrags nicht in der Lage zu sein. Bei einer solchen schuldhaften Übernahme von Vertragspflichten hat der Gegenkontrahent auf Grund des Vertrags Anspruch auf Erfüllung bzw. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Außerdem stehen ihm aber die Rechtsbehelfe zu, welche ihm nicht der Vertrag, sondern die Haftung des Gegners wegen seiner culpa in contrahendo bietet. Der Geschädigte kann die ihm durch den Vertrag erwachsenen Rechte unbeachtet lassen und seine Ansprüche nur auf das Verschulden des Gegners bei Vertragsschluß stützen (vgl. Reichsgerichtsentsch. Bd. 65, 399; 66, 153; 70, 428, Warn. 13 Nr. 190, J. W. 18, 236).

Der Stellvertreter verpflichtet nun durch seine Willenserklärung, soweit er innerhalb des Rahmens seiner Vollmacht handelt, unmittelbar den Vertretenen (§ 164 BGB.). Der Vertreter ist nach der den Bestimmungen des BGB. zugrunde liegenden Repräsentationstheorie der Kontrahent des Vertrags. Seine Willenserklärung ist für den Vertretenen maßgebend. Sein Wissen oder Nichtwissen schadet und nützt dem Vollmachtgeber. Hat der Vertreter bei Vertragsabschluß sich im Rahmen seiner Vollmacht gehalten, so muß der Geschäftsherr sich das Geschäft, den Vertragsinhalt so gefallen lassen, wie er vom Vertreter vereinbart wurde, mag dieser auch über den ihm erteilten Auftrag dabei hinausgegangen sein. Die Vollmacht reicht häufig weiter, als der dem Vertreter gegebene Auftrag. Man denke z. B. an die im Handelsrecht gegebene Festlegung der Vollmacht der Prokuristen, der Handlungsbevollmächtigten, der Handlungsreisenden und der Ladenangestellten. In der Regel wird auch im Falle der Einzelvollmacht nur erklärt: Ich erteile dem und dem die Vollmacht, dieses Rechtsgeschäft zu den und den Bestimmungen abzuschließen, ohne daß auf das dabei gebotene oder verbotene Verhalten hingewiesen wird. Dann haftet der

Geschäftsherr stets dem Inhalt des vom Vertreter geschlossenen Geschäfts gemäß mit allen dem Vertrag anhaftenden Mängeln, mag in der Festlegung des Vertragsinhalts den Vertreter ein den Grundsätzen von Treu und Glauben zuwiderlaufendes Verschulden gegenüber dem Gegenkontrahenten treffen oder nicht. Verhaftungsgrund für die Erfüllung des Vertrags ist der vom Vertreter geschlossene Vertrag an sich ohne Rücksicht auf die im Vertragsschluß sich äußernde sittliche Handlungsweise des Vertreters. Hat der Stellvertreter schuldhaft im Sinne eines der beim Kontrahieren gebotenen Rücksichtnahme auf die Interessen des Gegners zuwiderlaufenden Verhaltens Vertragspflichten übernommen, so muß der Vertretene, sofern die Vollmacht allgemein die Ermächtigung zum Vertragsschluß enthält, stets in vollem Umfange für den Inhalt des Vertrags einstehen. Dies gilt nicht nur in den Fällen, wo ein gewillkürter Vertreter gehandelt hat, sondern ebenso auch in den Fällen, wo ein nicht durch frei erteilte Vollmacht sondern durch Gesetz berufener Stellvertreter kontrahiert hat. Handelt dieser im Rahmen seiner Vertretungsmacht, so verpflichtet er aus dem von ihm geschlossenen Vertrag den Vertretenen genau so wie ein gewillkürter Vertreter.

Es fragt sich, wie sich die Haftung des Vertretenen gestaltet, wenn bei schuldhafter Übernahme von Vertragspflichten durch den Vertreter der Gegenkontrahent nicht an dem Vertrag festhalten bzw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern will, sondern sich auf die in der schuldhaften Übernahme von Vertragspflichten liegende Verletzung der beim Kontrahieren bestehenden Rechtspflichten stützend, unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo des Vertreters, Schadensersatzansprüche vorbringt. Der Vertretene haftet auf Grund des vom Vertreter geschlossenen Vertrags für die Erfüllung dieses Vertrags. Damit ist aber nicht gesagt, daß er auch für die im Vertragsschluß des Vertreters liegende Schuld einzustehen hat, wenn der Gegenkontrahent seine Ansprüche nicht auf den Vertrag, sondern auf die im Abschluß eines solchen Vertrags liegende culpa in contrahendo des Vertreters stützt. Es darf auch nicht gesagt werden, das das Aufwerfen dieser Frage ohne praktische Bedeutung sei, daß die Haftung des Vertretenen auf Erfüllung des vom Vertreter geschlossenen Vertrags materiell stets eine Haftung für das im Abschluß eines solchen Vertrags etwa liegende Verschulden des Vertreters bedeute. Wer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, erhält den durch die Nichtleistung erwachsenen Schaden ersetzt, wird materiell so entschädigt, daß er sich in der gleichen Vermögenslage befindet, wie wenn der Schuldner seiner Vertragspflicht nachgekommen wäre. Wer Schadensersatz verlangt auf Grund der in der Übernahme einer solchen Vertragspflicht liegenden culpa in contrahendo, z. B. wegen arglistiger Verleitung zum Vertragsschluß durch Vorspieglung der Leistungsfähigkeit, erhält nicht den

durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden ersetzt, sondern de durch den Abschluß eines solchen Vertrags ihm erwachsenen Schade Er wird materiell in die Lage versetzt, als hätte er den Vertrag ga nicht geschlossen. Dies wird in der Regel dazu führen, daß er wenige erhält als sein Erfüllungsinteresse fordern würde. Es kann aber auc im einzelnen Fall dazu führen, daß er rechnerisch mehr zu erhalte hat, wenn er auf Grund dieser culpa Schadensersatz fordert, als wen er auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus dem Vertrag klag Habe ich z. B. durch arglistige Zusicherung wertvoller Eigenschafte veranlaßt, einen Kraftwagen zum Preis von 10 000 Mk. gekauft, de wenn die Zusicherung richtig gewesen wäre, auch einen Wert vo 10 000 Mk. tatsächlich gehabt hätte, und habe ich deshalb einen mi kurz nachher angebotenen, 12 000 Mk. werten Kraftwagen, den ich abe um 10 000 Mk. hätte erhalten können, ausschlagen müssen, so kann ic wenn der Verkäufer seine Verpflichtungen nicht erfüllt, mit einer au seine culpa in contrahendo sich stützenden Schadensersatzklag 2000 Mk. als entgangenen Gewinn noch fordern, § 249, § 252 BGB. Den infolge des ersten Vertragsschlusses konnte ich dieses zweite Geschäf nicht abschließen, das ich sonst sicher abgeschlossen hätte und das mi 2000 Mk. Gewinn eingebracht hätte. Dieser Entgang des Gewinns ge hört zu dem mir durch den Vertragsschluß erwachsenen Schaden. Mi der Schadensersatzklage wegen Nichterfüllung kann ich nur Herstel lung des Zustandes verlangen, wie er bestehen würde, wenn der Ver käufer vertragstreu erfüllt hätte, also wenn er mir gegen Bezahlung von 10 000 Mk. einen 10 000 Mk. werten Kraftwagen geliefert hätte Es kann also ein sehr großer praktischer Unterschied bestehen, ob de Gegenkontrahent bei schuldhafter Übernahme von Vertragspflichten durch die andere Partei am Vertrag festhaltend Erfüllung bzw Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, oder ob er seine Ver tragsrechte beiseite lassend Ansprüche aus dieser culpa in contrahendo der anderen Partei geltend macht; und darum ist es auch praktisch wesentlich, zu fragen, ob der Vertretene in gleicher Weise für schuld hafte Übernahme vertraglicher Pflichten durch seine Vertreter haftet. mag der Gegner auf Grund des Vertrags klagen, oder auf Grund der in diesem Verhalten liegenden culpa in contrahendo des Stellvertreters.

Das Gesetz sagt in § 164 ganz allgemein: „Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen." Nun ist die schuldhafte Übernahme einer Vertragspflicht durch den Vertreter eine Willenserklärung. Der Vertreter will damit bewußt den Geschäftsherrn verpflichten. Innerhalb der Vertretungsmacht liegt sie auch, sofern diese allgemein dahin ging, daß der Vertreter Abschlußvollmacht habe. Man könnte es also mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbaren, zu sagen, der Vertretene hafte gemäß § 164

für alle Ansprüche, welche der Abschluß des Vertrags dem Gegenkontrahenden gibt. Er hafte dafür nicht nur, wenn der Gegner aus dem Vertrag Vertragsrechte auf Leistung oder Schadensersatz wegen Nichtleistung geltend mache, sondern auch wenn er auf die in der schuldhaften Übernahme solcher Vertragspflichten liegende culpa in contrahendo des Vertreters sich stützend Schadensersatz fordere. Gleichwohl glaube ich, daß eine solche Annahme unrichtig wäre und daß der dem Vertretungsrecht zugrunde liegende Gedanke eine solche Folgerung nicht zuläßt. Die Erteilung einer Vollmacht bedeutet die Ermächtigung eines Dritten, mit unmittelbarer Wirkung für und gegen den Vertretenen vertragliche Pflichten zu begründen, Pflichten zu einem bestimmten Tun, zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges. Der Rechtsgrund dieser Leistungspflicht des Vertretenen ist der vom Vertreter geschlossene Vertrag. Auf Grund dieser Vertretung haftet er aber nur für die Ansprüche, die der Gegner aus diesem Vertrag herleitet. Hat der Vertreter durch Übernahme einer solchen Rechtspflicht schuldhaft gehandelt, so hat der Vertretene für die Ansprüche, die der Vertragsinhalt dem Gegner gibt, einzustehen. Macht der Gegner aber die durch diese culpa in contrahendo des Vertreters begründeten Rechte auf Schadensersatz geltend, so ist der Rechtsgrund dieser Ansprüche nicht der Vertrag. Wohl hat der Gegner diese Rechte infolge des Vertrags, dieser ist aber nicht causa sondern nur condicio dieser Ansprüche. Weil der Vertreter schuldhaft durch Übernahme von Vertragspflichten gegen die schon vor dem Vertragsschluß und beim Vertragsschluß bestehenden Pflichten zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Gegners verstoßen hat, macht der Gegner Ansprüche aus dieser culpa in contrahendo des Vertreters geltend. Rechtsgrund für diese Ansprüche ist die culpa in contrahendo. Die Vollmacht bedeutet aber nur die rechtliche Möglichkeit, zu Lasten des Vertretenen vertragliche Pflichten durch den Vertragsschluß des Vertreters zu begründen, soweit der Gegner sie aus dem Vertrag herleitet. Nicht verhaftet der Vertragsschluß des Vertreters als solcher den Vertretenen für die sonstigen Ansprüche, die der Gegner infolge einer solchen schuldhaften Übernahme von Vertragspflichten aus der culpa in contrahendo des Vertreters herleitet.

Mit dieser Feststellung ist aber noch nicht gesagt, daß man zu dem Ergebnis kommt, der Vertreter hafte grundsätzlich nicht für die in der schuldhaften Übernahme von Vertragspflichten liegende culpa in contrahendo des Vertreters als solcher. Festgestellt ist damit nur, daß unter dem Gesichtspunkt der durch das bevollmächtigte Handeln herbeigeführten Verhaftung des Vertretenen eine solche Haftung abzulehnen sei, daß unter dem Gesichtspunkt der Vollmacht gegen den Vertretenen nur Rechte aus dem Vertrag begründet werden können, nicht andere Rechte infolge des Vertrags.

Keiner weiteren Erläuterung bedarf es, daß gegenüber der Fra
der Haftung des Geschäftsherrn für das vorvertragliche Verschuld
des Vertreters, das nicht in der Übernahme einer vertraglichen Ve
bindlichkeit besteht, der Gesichtspunkt einer durch das Handeln d
Vertreters auf Grund seiner Vertretungsbefugnis geschaffenen Haftu
des Geschäftsherrn auf keinen Fall in Betracht kommt. Der Gegn
kann wegen eines solchen Verschuldens in der Führung der Vertrag
verhandlungen niemals einen Anspruch aus dem Vertrag herleite
Das Charakteristische des Vertragsschlusses besteht gerade darin, a
den Vertragsverhandlungen das hervorzuheben und zu fixieren, wof
die Parteien sich haftbar machen wollen. Nur was Inhalt des Vertra
geworden ist, erzeugt Rechte und Pflichten aus dem Vertrag, niema
das anläßlich der Vertragsverhandlungen Geäußerte oder Geschehen
Nur die zum Vertragsinhalt gewordenen Erklärungen der Partei
sind Willenserklärungen in dem Sinn, daß sie rechtliche Verbindlic
keiten erzeugen, weil sie mit dem Willen zur Verpflichtung abgegeb
wurden, nicht die außerhalb des Vertragsinhalts liegenden vorvertra
lichen Erklärungen. Für solche vorvertragliche Erklärungen mag ei
Verhaftung nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo eintrete
Auf Grund des Vertragsinhalts kann aus dem Vertrag für solche auße
vertragliche Erklärungen eine Haftung jedenfalls nicht Platz greife
und die Vollmacht und das Handeln des Vertreters auf Grund der Vo
macht kann eine Haftung des Vertretenen nur gemäß und auf Gru
des Vertrags herbeiführen, nicht eine Haftung für Handlungen des Ve
treters, welche keine Übernahme vertraglicher Verbindlichkeiten b
deuten. Zur Erzeugung vertraglicher Verbindlichkeiten des Vertretene
ermächtigt die Vollmacht. In dieser Erzeugung hat sie aber auch ih
Grenzen.

Für die Frage unseres Themas ist diese Erkenntnis wesentlich, da
eine Annahme oder Ablehnung der Haftung des Vertretenen für culp
in contrahendo des Vertreters ihre juristische Begründung nicht bei
Problem der Rechtswirkungen des Handelns auf Grund einer Vol
macht zu suchen hat. Die Vollmacht des Vertreters führt eine vertrag
liche Haftung des Vertretenen aus dem Kontrakt des Stellvertrete
herbei. Dies kann sachlich ein Einstehenmüssen des Vollmachtgebe
für die culpa in contrahendo des Vertreters bedeuten, wenn das Ve
schulden des Vertreters in der Übernahme einer vertraglichen Ve
bindlichkeit besteht und der Gegenkontrahent am Vertrag festhalte
bei Nichterfüllung des Vertrags Schadensersatz wegen Nichterfüllun
verlangt. Der Gesichtspunkt der Vollmacht und der Haftung des Ge
schäftsherrn auf Grund der Vollmacht scheidet aber aus, wenn de
durch schuldhafte Übernahme von Vertragspflichten seitens des Ve
treters geschädigte Gegner unter Außerachtlassung der ihm aus de
Vertrag erwachsenen Rechte Schadensersatz unter dem Gesichtspunk

der culpa in contrahendo fordert, oder wenn der Vertreter in anderer Weise als durch Übernahme einer vertraglichen Pflicht gegen die schon bei den Vertragsverhandlungen bestehenden Pflichten schuldhaft verstoßen hat. Rechtsgrund eines auf eine solche Schuld des Vertreters sich stützenden Anspruchs des Gegners ist stets die culpa in contrahendo des Vertreters, nicht der Vertrag. Die Haftung für solche culpa ist keine rechtsgeschäftliche, d. h. keine durch das bewußte Handeln der Parteien herbeigeführte, sondern eine vom Recht als Ausgleich für schuldhaftes Handeln in contrahendo gegebene. Die durch die Vollmacht des Vertreters begründete Haftung des Vertretenen kann aber nur eine rechtsgeschäftliche, eine durch den Verpflichtungswillen und die Verpflichtungshandlung des Vertreters ins Leben gerufene Haftung sein. Außerhalb dieser vertraglichen Haftung auf Grund und aus dem vom Vertreter geschlossenen Vertrag kann die Rechtswirkung des Handelns auf Grund einer Vollmacht eine Haftung des Geschäftsherrn nicht herbeiführen.

Die Entscheidung, inwieweit der Geschäftsherr für die culpa in contrahendo seines Stellvertreters einzustehen hat, hängt vielmehr davon ab, ob die Tatsache der Verwendung eines Stellvertreters, die Benützung der Arbeitskraft eines solchen als Hilfskraft beim Vertragsschluß nicht geeignet ist, eine solche Haftung des Vertretenen zu begründen. Der Vertreter ist Gehilfe des Vollmachtgebers. Er leistet seine Dienste in dessen Interesse; er spart diesem die Mühe des eigenen Handelns. Er ist ein besonders qualifizierter Gehilfe, indem er nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in rechtlicher Beziehung Dienste leistet in dem Sinne, daß er beauftragt und befugt ist, rechtsgeschäftliche Rechte und Pflichten seines Vollmachtgebers unmittelbar zu begründen. Die Verrichtung, zu der der Vertreter bestellt ist, schließt alles das in sich, was ein Vertragsschluß an vorbereitenden Handlungen voraussetzt und gewöhnlich mit sich bringt. Zu dem Geschäftskreis eines solchen Stellvertreters gehört der ganze Bereich der den Vertrag vorbereitenden und herbeiführenden Vertragsverhandlungen, wie der schließliche Abschluß des Vertrags selbst. Auf Grund der Vollmacht haftet der Geschäftsherr rechtsgeschäftlich aus dem vom Vertreter geschlossenen Vertrag. Bezüglich eines dem Vertreter zur Last fallenden Verschuldens beim Führen der Vertragsverhandlungen, wie bei dem Abschluß des Vertrags selbst, kommt eine Haftung des Geschäftsherrn nach den Grundsätzen in Frage, welche hinsichtlich der Haftung des Geschäftsherrn für ein Verschulden seiner Gehilfen im allgemeinen bestehen.

Das BGB. hat keine allgemeine Regel aufgestellt, inwiefern in allen Fällen der, welcher fremder Hilfe sich bedient, für das Verschulden dieser Hilfskräfte haftet. Der Grundsatz des Französischen Rechts, daß stets für das Verschulden der Angestellten einzustehen sei,

gilt im bürgerlichen Recht nicht. Andererseits hat das BGB. auch n
den Satz aufgestellt, daß eine Haftung des Geschäftsherrn für V
schulden seiner Gehilfen nie eintreten könne, ohne eigenes Versch
den in der Auswahl oder Beaufsichtigung dieser. Es hat eine mittl
Stellung eingenommen, hat geglaubt, zwischen den Handlungen, wel
zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit vorgenommen wer
und den Handlungen, welche nicht dem Willen, eine Verbindlichk
zu erfüllen, entsprungen sind, unterscheiden zu müssen und hat e
unbedingte Haftung des Geschäftsherrn ausgesprochen, wenn zur
füllung solcher Verbindlichkeiten Hilfskräfte zugezogen werden.
hat eine Haftung ohne eigenes Verschulden des Geschäftsherrn a
abgelehnt, wenn er zur Vornahme sonstiger Verrichtungen fre
Hilfe zuzieht (§ 278 und § 831). Für unsere Frage ist also von a
schlaggebender Bedeutung, ob hinsichtlich der Haftung des Geschä
herrn für die culpa in contrahendo die Bestimmung des § 278 m
gebend ist, oder ob eine Haftung nur nach § 831 in Betracht kom
oder ob unter Umständen eine dritte Lösungsmöglichkeit verbleibt.

§ 7.

Die Ansicht Riehls.

Riehl lehnt, wie oben ausgeführt, jede allgemeine Haftung f
culpa in contrahendo ab. Abgesehen von den Einzelbestimmungen b
den nach seiner Ansicht bei den Vertragsverhandlungen wie beim Ko
traktschluß nur die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen
Grenze des Zulässigen. Es bestehen keinerlei besondere Verbindli
keiten vor Vertragsschluß während der Vertragsverhandlungen. H
der Vertreter arglistig Vertragspflichten übernommen, so soll all
dings der Vertretene auf Grund der Vollmacht für den Inhalt des Ve
trags einzustehen haben, und zwar soll der Vertretene haften, gleic
viel ob der Gegenkontrahent die Klage aus dem Vertrag oder
außervertragliche Klage aus der in der arglistigen Übernahme v
Vertragsverpflichtungen liegenden unerlaubten Handlung des Ve
treters anstrengt. Riehl übersieht dabei, daß die causa des Anspruc
eine andere ist, wenn der Gegner aus dem Vertrag fordert,
wenn er aus dem im Vertragsschluß liegenden Delikt klagt. Im
steren Fall ist Verhaftungsgrund des Geschäftsherrn der vom Ve
treter geschlossene Vertrag, im andern Fall das Delikt des Vertrete
in contrahendo, und die Bejahung der Haftung des Geschäftsherrn
ersteren Fall schließt nicht in sich die Bejahung im zweiten Fall. D
Entscheidung dieser Frage liegt nach dem oben Ausgeführten auße
halb des Rahmens der durch die Vollmacht des Vertreters herbeiz
führenden Haftung des Vertretenen und ist mit der Frage der Haftu

des Geschäftherrn für ein Verschulden bei den Vorverhandlungen, das nicht in der Übernahme einer vertraglichen Pflicht steht, ganz einheitlich zu behandeln. Auf den Gedanken, daß aus § 278 eine unbedingte Haftung des Geschäftsherrn für das vorvertragliche Verschulden des Vertreters gefolgert werden könnte, geht Riehl nicht ein. Von einer solchen Haftung nach § 278 kann seinem Grundgedanken zum culpa-in-contrahendo-Problem nach auch gar nicht die Rede sein, da er das Bestehen besonderer schuldrechtlicher Verbindlichkeiten beim Vertragsschluß ja verneint, ein Verschulden in ihrer Erfüllung deshalb seiner Ansicht nach auch nicht möglich sein kann. Alleiniger Maßstab, nach der sich die Haftung des Vertretenen für ein Delikt des Vertreters bei den Vorverhandlungen bemißt, soll § 831 bilden. Er soll also nur haften bei Verschulden in der Auswahl oder Beaufsichtigung des Vertreters.

Die Rechtsbehelfe des durch Delikt des Vertreters bei den Vorverhandlungen geschädigten Gegenkontrahenten sind nach Riehls Ansicht also kärgliche; soweit arglistige Täuschung oder Drohung vorliegt, kann er den Vertrag anfechten und das Geleistete nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern. Der unmittelbare Stellvertreter ist kein Dritter im Sinne des § 123; für die Frage der Anfechtungsmöglichkeit dem Vertretenen gegenüber bleibt es also gleichgültig, ob dieser von der Täuschungshandlung etwas wußte oder nicht. Neben und außer der Anfechtung des Vertrags kann der durch Drohung oder arglistige Täuschung zum Vertragsschluß verleitete Gegner eine Schadensersatzklage aus unerlaubter Handlung des Vertreters anstrengen, sofern der Geschäftsherr unter den Voraussetzungen des § 831 für das Verschulden des Vertreters einzustehen hat. Ebenso liegt es, wenn der Vertreter bei den Vorverhandlungen durch ein anderes Delikt als Drohung oder arglistige Täuschung den Gegenkontrahenten geschädigt hat. Stets soll auch dem Geschädigten der Vertreter persönlich wegen seines Deliktes bei den Vorverhandlungen haften.

R i e h l behauptet nun nicht, daß das BGB. eine ausdrückliche Regelung der Haftung des Geschäftsherrn für Delikte der Vertreter in contrahendo gegeben habe; ihre Begrenzung sei durch die Motive z. E. I. Seite 228 vielmehr ausdrücklich der Rechtswissenschaft überlassen worden. Darum läßt sich seine Stellungnahme zu dem Problem nicht damit begründen, daß man sagt, er halte sich streng an den Wortlaut des Gesetzes, welches eben für culpa in contrahendo keine allgemeine Haftung aufgestellt habe und welches für die Vertragsverhandlungen als Grenze des Erlaubten nur das Verbot einer deliktischen Handlung gesetzt habe und aus welchem eine Haftung des Vertretenen für solche Delikte des Vertreters nur nach § 831 sich folgern lasse. Wenn die Wissenschaft die Regelung dieser Haftung des Geschäftsherrn zu geben

hat, so darf die Entscheidung des Wissenschaftlers Riehl keine formale Gründe sich stützende sein, muß auf dem Studium des Ge des Gesetzes, auf einer Abwägung der Lebensinteressen und der Bi keit beruhen und sich als eine im Ergebnis deshalb richtige darste weil dieses Ergebnis allein den Forderungen der Gerechtigkeit spricht. Diese selbständigen Interessenabwägungen, welche die Zw mäßigkeit seiner Ansicht beweisen könnten, läßt er aber vermisse kommt nicht im Ergebnis zu dem Satz, daß ohne ein eigenes schulden des Geschäftsherrn in der Auswahl oder Beaufsichtigung Vertreters eine Haftung für dessen Verschulden in contrahendo Unbilligkeit bedeute; er geht vielmehr von der Unzulässigkeit solchen Haftung ohne eigenes Verschulden, einer solchen Gefährdu haftung aus. Vgl. seine Ausführungen auf Seite 911: „Bei den wickelten Verkehrsverhältnissen unserer Zeit lassen sich schlech dings nicht alle Verträge in eigener Person abschließen. Bevollm tigte sind unentbehrlich. Die Ausnützung solcher legitimer Verke erleichterungen kann nicht ohne weiteres als Fahrlässigkeit gebr markt werden; das hieße in Wirklichkeit nichts anderes, als an S des gesetzlich adoptierten Verschuldungsprinzips das Veranlassu prinzip setzen, was mangels ausdrücklicher gesetzlicher Anordn nicht angängig ist." Die Verwendung von Stellvertretern zum tragsschluß sei also verkehrsüblich. Das Risiko einer solchen zulässi Hilfe dürfe, sofern vorvertragliches Verschulden dieser Hilfsperso in Betracht komme, nicht ohne weiteres den Geschäftsherrn tre Aus diesem von vornherein für richtig befundenen Satz zieht Rieh seiner Arbeit nur die Folgerungen und erklärt dann diese für ric und allein befriedigend.

§ 8.

Die Motive zum BGB.

Es wurde oben ausgeführt, daß das bürgerliche Gesetzbuch ke allgemeine Regelung des culpa-in-contrahendo-Problems gibt und nur in bestimmten Einzelfällen eine Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen ausgesprochen wurde. Gleichwohl läßt sich den Motiven zum BGB. entnehmen, daß den Vätern unseres Gese das culpa-in-contrahendo-Problem nicht unbekannt war: Die Mo sprechen sich auch über die Frage der Haftung des Vertretenen für Verschulden des Vertreters in contrahendo aus und machen die E scheidung von der konstruktiven Festlegung der vorvertraglichen, Verletzung zum Schadensersatz zwingenden Pflichten als schuldre liche oder nicht schuldrechtliche abhängig. In den Ausführungen Motive z. E. I. Bd. 2 S. 29 ff. heißt es bei Behandlung der Frage, ob

chuldner für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen unbedingt
afte oder nicht, u. a.: „Der Entwurf entscheidet die Frage nicht, ob es
ch im Falle eines vom Vertreter bei Abschluß des Vertrags began-
enen Betrugs oder sonstigen Verschuldens um Verletzung rechts-
eschäftlicher Pflichten oder um deliktsmäßige Haftung handelt."
ateriell gedacht bedeutet diese bewußte Nichtregelung, daß die Wis-
enschaft und die Rechtssprechung entscheiden solle, ob und inwiefern
as Verschulden des Vertreters in contrahendo als ein Verschulden in
er Erfüllung einer rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeit anzusehen, so-
it den Vertretenen unbedingt belaste, oder inwieweit dies nicht der
all sei, also dann eine Haftung des Vertretenen nur nach § 831 ein-
rete. Nicht ganz mit der zitierten Stelle der Motive z. E. I. stimmen
ie Ausführungen der Motive zum E. I. Bd. 1 S. 227, 228 zu den
§ 117, 118 (jetzt § 164 ff.) überein: „Hat ein Vertreter bei dem Zu-
andekommen eines Rechtsgeschäfts sich einer Drohung oder eines
etrugs schuldig gemacht, so ist das Rechtsgeschäft, soweit die Voraus-
etzungen des § 103 (jetzt § 123) gegeben sind, anfechtbar ohne Rück-
cht darauf, ob der Vertretene von dem Betrug oder der Drohung
enntnis hatte oder nicht. Das Rechtsgeschäft ist mit einem Tat-
estandsmangel behaftet, den der Vertretene gegen sich gelten lassen
uß." Dann heißt es auf Seite 228: „Für den Schaden, den der Vertreter
urch eine in Ausübung seiner Vertretungsmacht begangene wider-
echtliche Handlung Dritten zufügt, ist der Vertretene von den für die
uristische Person gegebenen besonderen Vorschriften, abgesehen nur
nerhalb der aus § 711 (jetzt § 831) ersichtlichen Schranken haftbar.
b und inwieweit der Vertretene für eine vom Vertreter bei Ein-
ehung eines Rechtsgeschäfts begangene Fahrlässigkeit (culpa
contrahendo) einzustehen hat, hängt davon ab, ob in der Begehung
ne unerlaubte Handlung oder lediglich eine Verletzung rechtsgeschäft-
her Pflichten zu erblicken ist, eine Frage, die schon oben als der
issenschaft angehörig bezeichnet ist." Die Stelle ließe sich dahin
euten, daß nach Ansicht der Motive bei vorsätzlichem Verschulden des
ertreters dem Geschädigten, sofern der Tatbestand des § 831 nicht
egeben ist, nur das Recht der Anfechtung unter den Voraussetzungen
es § 123 zustehen soll, daß er nur von dem Vertrag loskommen könne,
hne das Recht zu haben, Schadensersatz zu fordern, und daß die
rage einer unbedingten Haftung des Geschäftsherrn nur bei einer
ahrlässigkeit des Vertreters in contrahendo in Betracht kommen
önnte. Die beiden angeführten Stellen der Motive widersprechen sich
der Frage der Haftung für vorsätzliches Verschulden des Vertreters,
nd ihr Widerspruch läßt sich, wenn man keine Denkungenauigkeit
ei den Mitgliedern der ersten Kommission feststellen will in dem
nne, daß der Widerspruch ihren Überlegungen entgangen sei, nur
erklären, daß die räumlich ziemlich weit auseinanderliegenden Aus-

führungen nicht von den gleichen Mitgliedern der ersten Kommi
unmittelbar herrühren, sondern daß die beiden Stellen jeweils
schiedene Verfasser hatten und diese über das Problem der Haf
des Vertretenen für vorsätzliches Verschulden des Vertreters in
trahendo verschieden dachten.

§ 9.

Die Entscheidung des Reichsgerichts in Band 61 Seite 207 f

Nun sind die Motive zwar zur Erkenntnis der gesetzgeberis
Gedankengänge sehr wertvoll, doch ist die Praxis nur an das im
setz selbst Ausgedrückte gebunden. Gleichwohl hat sich die Re
sprechung des Reichsgerichts namentlich in den ersten Jahren der
tung des BGB. stark an die Ausführungen der Motive angelehnt.
Reichsgericht hat sich im 61. Band Seite 207 ff., soviel ich sehe,
ersten Mal innerhalb des bürgerlichen Rechts grundsätzlich mit
Frage beschäftigt, ob das BGB. eine allgemeine Haftung des Vertr
nen, insbesondere für Schadensersatz wegen arglistiger Handlungen
Stellvertreters, die dieser bei Gelegenheit des Vertragsschlusses
gangen hat, kennt. Es wird dies abgelehnt, weil erstens die Vollm
eine Haftung des Geschäftsherrn nur für vertragsmäßig abgegeb
Willenserklärungen, nicht für außervertragliche Angaben, die bi
Wissenserklärungen seien, herbeiführen könne, und weil zweitens
absolute Haftung des Geschäftsherrn für Verschulden seines Gehi
nur bei Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten bestehe. Die E
scheidung stützt sich bei ihrer Begründung wesentlich auf die oben
geführten Ausführungen der Motive zum E. I. Bd. 1 Seite 227/228
fährt nach dem wörtlichen Zitat dieser fort: „Es muß an dem letzte
Falle sofort auffallen, daß er nur von Fahrlässigkeit des Stellvertret
bei Eingehung eines Rechtsgeschäfts spricht, nicht auch von dessen a
listigem Verhalten bei dieser Gelegenheit, das doch Erwähnung n
in höherem Maße verdiente. Aber dieser Umstand erklärt sich zur
nüge aus dem von den Motiven ebendaselbst Seite 227 zuvor Gesagt
daß bei Betrug des Vertreters der Vertrag anfechtbar sei. Damit
deutlich auf den Inhalt des § 123 BGB. hingewiesen und die Meinu
des Gesetzgebers zu erkennen gegeben, daß wegen eines vom Vertre
bei Gelegenheit eines Vertragsschlusses geübten Betrugs dem
täuschten in der Regel die Vertragsanfechtung des § 123 als einzi
Schutzmittel gegeben ist. Dieses durfte er auch um so mehr als a
reichend erachten, als es Wiederherstellung des früheren Zustandes
zweckt und somit dem Geschädigten die gewöhnliche Art des Schade
ersatzes nach § 249 gewährt. Freilich kann es unter Umständen
Härten führen, wenn der Betrogene mit dieser Art der Entschädigu

sich begnügen muß, aber einerseits hat er das anderweitige Schutzmittel, daß er jede ihm erheblich scheinende Erklärung des Stellvertreters des andern Vertragsteils sich vertragsmäßig, insbesondere wo Formvorschriften bestehen, urkundlich geben läßt, andererseits ändern derartige Erwägungen über Zweckmäßigkeit nichts an der in vorstehendem dargelegten Meinung des Gesetzgebers, daß wegen arglistigen Verhaltens des Vertreters bei Vertragsschluß dem Geschädigten gewöhnlich nur die Anfechtungsklage, nicht aber eine anderweitige Vertragsklage auf Schadensersatz in Geld gegeben ist." Soweit die Anlehnung an die Motive; doch begnügt sich die Entscheidung nicht damit, ohne eigene Nachprüfung sich auf das Denken der Motive zu berufen, sie fährt deshalb fort: „Sollte man aber obigen Satz der Begründung des BGB., der die Entscheidung über die Folgen der culpa in contrahendo der Wissenschaft überläßt, auch auf Arglist, seinem Wortlaut entgegen ausdehnen, so könnte man gleichwohl zu keinem andern Endergebnis gelangen. Jener Satz wirft die Frage auf, ob das bei Vertragsschluß begangene Verschulden als unerlaubte Handlung oder lediglich als Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten zu betrachten ist. Diese Frage muß aber insbesondere in Ansehung arglistigen Verhaltens des Stellvertreters dahin beantwortet werden, daß eine nicht vertragsmäßig vorgenommene Handlung und abgegebene Erklärung eben nicht als eine rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftliche Pflichten verletzende, sondern beim Vorhandensein der hierzu nötigen Voraussetzungen als eine außerhalb des Vertragsverhältnisses begangene unerlaubte Handlung angesehen werden kann, wegen deren, wenn sie der Stellvertreter verübt hatte, der Geschädigte zwar diesen, aber nicht den Vertretenen belangen kann. Das BGB. unterscheidet durchgehends scharf zwischen Verletzung von dinglichen und vertragsmäßigen Rechten einerseits und allgemeinen unerlaubten Handlungen andererseits. Es verlangt zwar innerhalb des Vertragsverhältnisses, namentlich bei dessen Erfüllung, in den §§ 157, 162, 242, 320 Abs. 2 Wahrung von Treu und Glauben, unterwirft aber damit nicht schon jede nur bei Gelegenheit des Vertragsschlusses begangene Handlung rechtsgeschäftlicher Beurteilung und vertragsmäßigen Folgen. Mit Unrecht wendet der Berufungsrichter § 278 zur Begründung seiner Entscheidung an. Diese Gesetzesstelle spricht im Gegenteil für die oben dargelegte Rechtsauffassung. Sie macht den Vertretenen für Verschulden des gesetzlichen Stellvertreters bei Erfüllung von Verbindlichkeiten haftbar. Bestünde eine ähnliche allgemeine Bestimmung auch für die Eingehung von Rechtsgeschäften, so wäre allerdings das Berufungsurteil gerechtfertigt, aber gerade aus dem Fehlen einer Vorschrift der letzteren Art ergibt sich wiederum, daß der Gesetzgeber sie nicht treffen wollte, da er sie sonst ebenso wie für Vertragserfüllung ausdrücklich ausgesprochen hätte."

Die Entscheidung beantwortet also die Frage unseres Problems a in selbständiger Überlegung dahin, daß insbesondere hinsichtlich listigen Verhaltens des Stellvertreters sein Verschulden bei den V tragsverhandlungen als unerlaubte Handlung und nicht als Verletz rechtsgeschäftlicher Pflichten anzusehen ist. Sie spricht von Stell tretern im allgemeinen Sinn und versteht darunter sowohl gewillkü wie gesetzliche Vertreter und macht hinsichtlich der Haftung für be Arglist bei den Vorverhandlungen keinen Unterschied.

Unklar ist, wie die Entscheidung über die Haftung des Geschä herrn für das Verschulden des Stellvertreters denkt, das nicht in Vorverhandlungen liegt, sondern im Vertragsabschluß selbst, das der Übernahme einer vertraglichen Verbindlichkeit besteht. Es h in der Entscheidung, eine nicht vertragsmäßig vorgenommene Ha lung und abgegebene Erklärung des Vertreters könne nicht als e rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftliche Pflichten verletzende gesehen werden. Soll daraus geschlossen werden, daß z. B. eine a listige vertragliche Zusicherung einer Eigenschaft der zu verkaufen Sache, also eine vertragsmäßig abgegebene rechtsgeschäftliche Wille erklärung des Vertreters als eine rechtsgeschäftliche Pflichten v letzende anzusehen sei, welche nach § 278 den Geschäftsherrn in vo Höhe haftbar mache. Wir haben oben gesehen, daß der Geschäftsh für eine culpa in contrahendo des Vertreters, die in der Übernah einer vertraglichen Pflicht besteht, in voller Höhe einzustehen hat, fern der Gegenkontrahent die ihm aus dem Vertrag erwachsenen Rec auf Leistung bzw. Schadensersatz wegen Nichtleistung geltend ma daß diese Ansprüche aber auf dem Vertrag basieren, nicht auf culpa des Vertreters; und wir haben festgestellt, die Frage, ob und wieweit der Geschäftsherr haftet, wenn der Gegner seine Ansprü nicht auf den Vertrag gründet, sondern auf die in der schuldhaf Übernahme von Vertragspflichten liegende culpa in contrahendo Vertreters, hänge davon ab, ob man den Geschäftsherrn für diese cul nach § 278 oder § 831 haften lasse. Der unklare Wortlaut der zitier Entscheidung ließe den folgenden Schluß zu: Arglistige Abgabe ei rechtsgeschäftlichen Erklärung durch den Vertreter ist Verletzung ei rechtsgeschäftlichen Pflicht, verhaftet den Geschäftsherrn also nach § 2 Ich glaube jedoch nicht, daß ein solches argumentum e contrario a dem zitierten Text der Entscheidung richtig wäre. Der Gedanke undeutlich formulierten Stelle ist nicht: eine nicht vertragsmäßig gegebene Erklärung ist keine rechtsgeschäftliche und d e s h a l b ke rechtsgeschäftliche Pflichten verletzende, sondern der Sinn ist: di Erklärung verpflichtet den Vertretenen zu nichts:

1. weil sie keinen Willen zur Verpflichtung in sich schließt, ni rechtsgeschäftliche Pflichten erzeugen will, keine Willenserk rung, sondern nur Wissenserklärung ist, und

2. weil vor Vertragsschluß keine rechtsgeschäftlichen Pflichten bestehen, deren Verletzung den Vertretenen nach § 278 verhaften könnte.

Arglistige vertragliche Zusicherung einer Eigenschaft der zu verkaufenden Sache ist allerdings eine rechtsgeschäftliche Erklärung und verhaftet den Geschäftsherrn aus dem Vertrag des Vertreters, gleichwohl bedeutet diese Zusicherung keine Verletzung einer rechtsgeschäftlichen Pflicht, weil solche erst durch den Abschluß eines Vertrages entstehen, im Augenblick des Vertragsschlusses aber noch nicht existieren. Man wird also richtigerweise sagen müssen, daß der Gedanke der Entscheidung dahin geht: Die Arglist des Vertreters bei den Vorverhandlungen verhaftet den Geschäftsherrn nie nach § 278 sondern nur, soweit eigenes Verschulden vorliegt, nach § 831; und ebenso steht es, wenn der Vertreter arglistig Vertragspflichten übernommen hat und der Gegner auf Grund dieser Arglist des Vertreters Schadensersatzrechte gegen den Vertretenen geltend macht.

Die Begründung der Entscheidung ist eine rein formale, basiert ganz auf der konstruktiven Zäsur, hier unerlaubte Handlung, hier Verletzung schuldrechtlicher Verbindlichkeiten. Die Entscheidung geht dabei von dem nirgends aufgestellten und nirgends begründeten Grundsatz aus, daß überall da, wo der Gesetzgeber nicht mit ausdrücklichen Worten eine Regelung gegeben habe, ein Anspruch zu verneinen sei. Dies würde voraussetzen, daß der Gesetzgeber jedes mögliche Problem gekannt und bewußt entschieden hat. Eine solche Allwissenheit nimmt der Gesetzgeber aber nicht in Anspruch und kann er nicht in Anspruch nehmen. Auf die Frage, ob die getroffene Entscheidung befriedige und deshalb als billig erscheine, wurde nicht eingegangen. Das Rechtsgefühl der bei der Entscheidung Mitwirkenden muß sich allerdings etwas aufgesträubt haben, denn es heißt an ganz verstecktem Platz, es könne unter Umständen freilich zu Härten führen, wenn dem Betrogenen außerhalb der Anfechtung kein Rechtsmittel gegen den Vertretenen zustehe; dann folgt aber gleich wieder das geduckte Sichfügen in den angeblichen Gesetzesbuchstaben: Derartige Zweckmäßigkeitserwägungen hätten zu schweigen angesichts der dargelegten Meinung des Gesetzgebers.

Nicht ausdrücklich entschieden hat das Urteil die Frage, wie es um die Haftung des Geschäftsherrn steht, wenn der Vertreter in contrahendo nicht arglistig, sondern nur fahrlässig gehandelt hat. Der Wortlaut, daß insbesondere arglistiges Handeln nicht als Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten anzusehen sei, läßt einen Wahrscheinlichkeitsschluß dahin zu, daß hinsichtlich des fahrlässigen Handelns in contrahendo ebenso zu denken wäre; und man wird sagen müssen, daß, wenn man in der formalen Beschränkung der zitierten Entscheidung weiterdenkt, diese Konsequenz von der Arglist auf die Fahrlässigkeit eine notwendige ist. Es bestehen nach RGE. Bd. 61 S. 207 ff.

vor Vertragsschluß keinerlei rechtsgeschäftliche Verbindlichker
Solche können weder durch Vorsatz noch durch Fahrlässigkeit verl
werden. Und deshalb kann eine Haftung des Geschäftsherrn für F
lässigkeit des Vertreters in contrahendo nach § 278 so wenig in
tracht kommen, wie eine Haftung für dessen Arglist. Mit der Ver
nung des Bestehens rechtsgeschäftlicher Pflichten vor Vertragssch
ist logisch auch jede Haftung des Geschäftsherrn nach § 278 für V
schulden seiner Vertragsabschlußgehilfen verneint.

§ 10.

Die neuere Praxis des Reichsgerichts.

Wir haben oben gesehen, daß das Reichsgericht aber keineswegs
dem bei formaler Betrachtung aus dem Wortlaut des BGB. herv
gehenden Satz festhielt: vor Abschluß eines Vertrags gelten für
Rechtsbeziehungen der Kontrahenten allein die Vorschriften über
unerlaubten Handlungen. Das Reichsgericht hat langsam, erst zöge
und unter Einschränkungen, dann ganz allgemein anerkannt, daß
Tatsache der auf einen Vertragsschluß gerichteten Vertragsverha
lungen bestimmte, durch Treu und Glauben gebotene Rechtspflichten
die Parteien mit sich bringe. Und man darf sagen, das Reichsgericht
stets, soweit es solche Rechtspflichten anerkannte, ohne Bedenken d
Geschäftsherrn die unbedingte Haftung für schuldhafte Verletzu
dieser Rechtspflichten durch seine beim Vertragsschluß verwendet
Gehilfen auferlegt. Das Reichsgericht ist im sachlichen Ergebnis schli
lich vollständig von dem Gedanken der reichsgerichtlichen Entsch
dung in Bd. 61 S. 207 ff. abgewichen, ohne daß allerdings eine Plen
Entscheidung herbeigeführt worden wäre. Eine solche war, wenn m
streng formal dachte, auch nicht nötig. Die Ablehnung in RGE. Bd.
S. 207 beruhte auf dem in der Entscheidung enthaltenen Gedanken, d
vor Vertragsschluß die Vorschriften über die unerlaubten Handlung
die alleinige Grenze des Erlaubten bilden; daraus zog sie nur
Konsequenzen. Die Frage, wie das Problem der Haftung des Geschäf
herrn zu entscheiden sei, wenn man vor Vertragsschluß schon bestimm
Rechtspflichten außerhalb des durch die Vorschriften über die unerla
ten Handlungen Gebotenen und Verbotenen anerkannte, blieb offe
Bejahte man solche Rechtspflichten, so konnte man materiell ande
als das Reichsgericht im 61. Band entscheiden, konnte eine Haftung
Geschäftsherrn in weiterem Maße als nach § 831 annehmen, ohne f
mal die logische Richtigkeit des Schlusses aus der in der Entscheidu
enthaltenen Voraussetzung, nämlich Ablehnung jeder weiteren Rech
pflicht als der durch die Bestimmungen über die unerlaubten Ha
lungen gebotenen, anzweifeln zu müssen.

Im 78. Band Seite 239 ff. hat sich das Reichsgericht mit der Frage beschäftigt, inwieweit der Inhaber eines Warenhauses für das Verschulden seines Angestellten haftet, der einen Kauflustigen beim Vorlegen von Waren körperlich verletzt. Das Reichsgericht hat die unbedingte Haftung des Geschäftsinhabers bejaht und ausgeführt: „Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Beklagte für das Verschulden des Angestellten aus § 278 hafte, ist entgegen der Rüge der Revision rechtlich nicht zu beanstanden und steht mit der Rechtssprechung des erkennenden Senats im Einklang. Der Angestellte war in Vertretung der Beklagten in Kaufunterhaltungen mit der Klägerin getreten. Die Klägerin hatte um Vorlegung eines Teppichs ersucht, den sie ansehen und kaufen wollte. Dem Ersuchen ist der Angestellte nachgekommen, um einen Kauf zustande zu bringen . . . Dies war kein bloß tatsächlicher Vorgang . . ., sondern es entstand ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt und insofern rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugt hat, als dem Verkäufer wie dem Kauflustigen die Pflicht erwuchs, bei der Vorlegung und der Besichtigung der Ware die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des andern Teils zu beobachten . . . Beklagte hat sich des Angestellten zur Erfüllung der bezeichneten Verbindlichkeiten dem Kauflustigen gegenüber bedient und ist daher für sein Verschulden verantwortlich. Der Rechtsgedanke des § 278 trifft hier durchaus zu, daß wer selbst eine Leistung schuldet, die er mit der erforderlichen Sorgfalt zu bewirken hat, dann, wenn er hierzu einen Gehilfen verwendet, für die sorgfältige Leistung des Gehilfen einstehen muß und daß ebenso der andere, demgegenüber die Leistung zu bewirken ist, nicht schlechter gestellt sein darf, weil der Gegner sie nicht selbst ausführt, sondern sie einem Gehilfen übertragen hat. Es würde dem allgemeinen Rechtsempfinden widerstreiten, wenn in Fällen, wo der Geschäftsangestellte beim Vorzeigen oder Vorlegen von Waren zur Besichtigung u. dgl. den Kauflustigen durch Unvorsichtigkeit schädigt, der Geschäftsinhaber nur nach Maßgabe des § 831 und nicht unbedingt haften, der Verletzte also beim Gelingen des Entlastungsbeweises an den meist mittellosen Angestellten verwiesen würde."

Haftungsgrund des Geschäftsinhabers ist das durch die Vertragsverhandlungen des Vertreters ins Leben gerufene vorbereitende Rechtsverhältnis. Es ist also nicht so, daß die Einladung zum Besuch des Warenhauses schon eine Zusage enthält, für die Sicherheit der Kunden haften zu wollen, daß durch den Eintritt eines Kauflustigen schon ein Vertrag zustande kommt, wonach den Geschäftsherrn die Pflicht zur Sorgfalt hinsichtlich der Gesundheit und des Eigentums des Kauflustigen trifft. Erst wenn Vertragsverhandlungen angeknüpft sind, soll den Geschäftsherrn eine solche Pflicht treffen. Das Reichsgericht hält es in dieser Entscheidung für ein Erfordernis der Billigkeit, eine

unbedingte Haftung des Geschäftsinhabers anzuerkennen, wenn in diesem Stadium der Kaufverhandlungen ein Angestellter, z. B. ein Verkäufer, schuldhaft den Kunden verletzt. Das Reichsgericht sagt nun auch nicht, die Tatsache der Anknüpfung von Vertragsverhandlungen begründet für den Geschäftsherrn diese Sorgfaltspflicht und verhaftet ihn unbedingt, wenn ein Gehilfe dieser Pflicht schuldhaft zuwiderhandelt. Es kommt wohl sachlich zu diesem Ergebnis, stößt sich aber bei der Begründung, weshalb der Geschäftsherr für Verschulden des Gehilfen wie für eigenes zu haften habe an dem Wortlaut des § 278. Nach diesem Wortlaut wird für Verschulden dieser Gehilfen unbedingt nur gehaftet, wenn eine schuldrechtlich gebotene Pflicht des Geschäftsherrn durch den zur Erfüllung dieser Pflicht verwendeten Gehilfen verletzt ist. Die Pflicht des Geschäftsherrn muß also als schuldrechtliche konstruiert werden, um den Haftungsrahmen des § 278 anwenden zu können. Das Reichsgericht greift deshalb zu dem Mittel der Fiktion. Nicht die Tatsache der Vertragsverhandlungen des Verkäufers verhaftet den Geschäftsherrn für dessen Verschulden, sondern nur der durch Anknüpfung dieser Verhandlungen stillschweigend zustandegekommene Vertrag bzw. das dadurch geschaffene vertragsähnliche Rechtsverhältnis. Das heißt also: Wenn jemand in einem Warenhaus an einen bestimmten Verkaufsstand herantritt und einen Gegenstand zu Kaufzwecken zu besichtigen wünscht und der Verkäufer sich beeilt, diesen Gegenstand zu zeigen, so soll in diesem tatsächlichen Geschehen allein mit Notwendigkeit eine stillschweigende Verpflichtungserklärung des dazu ermächtigten Verkäufers liegen und eine Annahme dieser durch den Kunden, daß der Geschäftsinhaber hiermit eine Sorgfaltspflicht für die Gesundheit und das Eigentum der Kunden übernehme. Man wird eine solche Konstruktion mit Recht als sehr gekünstelt empfinden. Sie kann nur entschuldigt werden, wenn ohne sie es ausgeschlossen wäre, den Haftungsrahmen des § 278 bei der Frage der Haftung für culpa in contrahendo der Vertreter zur Geltung zu bringen. Auf diesem Standpunkt scheint das Reichsgericht in seiner Entscheidung im 78. Band Seite 239 ff. zu stehen. Daß das Reichsgericht selbst seiner Konstruktion eines solchen „Vorvertrags" etwas skeptisch gegenübersteht, kann man daraus entnehmen, daß es sich nicht begnügt, mit dieser Konstruktion allein die Anwendung des § 278 zu rechtfertigen, sondern auf die Unbilligkeit einer entgegengesetzten Entscheidung hinweist.

Spätere Entscheidungen waren nicht mehr so ängstlich in der Frage der Begründung einer Haftung des Geschäftsherrn nach Maßgabe des § 278; ihnen genügte der Hinweis auf den Rechtsgedanken dieses Paragraphen, ohne daß ihnen die nähere Begründung einer schuldrechtlichen Verbindlichkeit Schwierigkeiten machte. In diesen neueren Entscheidungen hat das Reichsgericht den Mut gehabt, die

Konsequenz zu ziehen: Soweit bei den Vorverhandlungen schon Pflichten bestehen, soweit haftet der Geschäftsherr, wenn er zur Erfüllung dieser Gehilfen zuzieht und diese schuldhaft handeln, unbedingt, ohne daß ihm eine Entschuldigungsmöglichkeit zustünde. So heißt es in der Entscheidung in J. W. 1915 S. 240: „Die vielfach vertretene Ansicht, daß der § 278 BGB. sich nicht auf ein Verschulden bei den Vertragsverhandlungen und dem Vertragsschluß beziehe, trifft, wie von Planck zutreffend bemerkt wird, nur insoweit zu, als die Parteien einander vor dem Vertragsschluß noch zu nichts verpflichtet sind, dagegen nicht, wenn schon bei den Vorverhandlungen gewisse Verpflichtungen bestehen, deren fahrlässige Nichterfüllung die Partei haftbar macht. Daß die Partei solchenfalls nicht nur für eigene Fahrlässigkeit bei den Vertragsverhandlungen haftet, sondern auch, wenn sie die Verhandlungen durch eine andere Person führt, deren Verschulden zu vertreten hat, entspricht dem Sinne und Zweck des § 278. Es wird in dieser Entscheidung weiterhin auf RGE. in Band 78 Seite 239 ff. hingewiesen und es werden die dort enthaltenen Ausführungen über den allgemeinen Rechtsgedanken des § 278 — nicht über das vorvertragliche vertragsähnliche Rechtsverhältnis — als richtig zitiert. Ganz ähnlich äußert sich das Reichsgericht im 103. Band seiner Entscheidungen Seite 47 ff. zur Frage der Haftung für das Verschulden eines Vertreters in contrahendo: „In der E. 61, 207, hat das Reichsgericht zwar eine allgemeine Haftung des Vertretenen für Verschulden seines Stellvertreters bei der Eingehung von Rechtsgeschäften verneint, allein in späteren Entscheidungen hat das Reichsgericht ausgeführt, daß, wenn schon bei den Vorverhandlungen für die Parteien gewisse Verpflichtungen bestehen, deren fahrlässige Nichterfüllung die Partei haftbar macht, es dem Sinn und Zweck des § 278 entspricht, daß die Partei nicht nur eigene Fahrlässigkeit, sondern auch das Verschulden einer andern Person zu vertreten hat, durch welche sie die Verhandlungen führt." Genau so ist der Gedankengang der Entscheidung des Reichsgerichts im 107. Band Seite 240 ff., welche sich über die Frage der Anwendung des § 278 auf die Vorverhandlungen eines Vertrags dahin ausspricht: „Der Antrag bindet den Antragenden und löst deshalb auch bei dem Antragsempfänger gewisse Sorgfaltspflichten für die Behandlung des Antrags und ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis wenigstens dann aus, wenn der Antragsempfänger besondere Vorkehrungen für die Entgegennahme und Weiterbeförderung der Anträge zu treffen hat. Wenn hier die Beklagte selbst über den Inhalt der Bestellung durch die rechtswidrige Handlungsweise eines ihres Angestellten getäuscht wird, so hat sie dem Kläger gegenüber für diese Handlungen ihrer Gehilfen einzustehen, die hinsichtlich der Sorgfaltspflichten bei den Vorverhandlungen als ihre Erfüllungsgehilfen anzusehen sind (vgl. RGE. 78, 239 J. W. 1915 S. 240 Nr. 3)."

Nach diesen gedanklich übereinstimmenden Entscheidungen kann man heute die sachliche Stellung des Reichsgerichts in fester Praxis dahin kennzeichnen: Denjenigen, welcher aus einem abgeschlossenen Vertrag berechtigt und verpflichtet wird, treffen schon vor Vertragsschluß bei den Vertragsverhandlungen bestimmte Rechtspflichten. Überläßt dieser die Führung der Vertragsverhandlungen und den Abschluß des Vertrags fremden Hilfskräften oder verwendet er solche zu seiner Unterstützung bei dem Vertragsverhandeln und dem Vertragsschluß bezüglich bestimmter tatsächlicher Handlungen, so haftet er, wenn diese schuldhaft gegen die ihrem Geschäftsherrn obliegenden vorvertraglichen Rechtspflichten verstoßen, unbedingt ohne Entschuldigungsmöglichkeit. Jeder, der im Stadium der Vorverhandlungen fremder Hilfe sich bedient, trägt das Risiko dieser Hilfe. Er hat dem Gegner den Schaden zu ersetzen, welchen diese Gehilfen schuldhaft in Beziehung auf die Erfüllung der vorvertraglichen Pflichten des Geschäftsherrn verursachten. Der unmittelbare Stellvertreter ist Gehilfe des Geschäftsherrn. Er erspart ihm eigene Anstrengung sowohl bei der Vornahme tatsächlicher wie rechtlicher Handlungen, seine Eigenschaft als Gehilfe verhaftet den Geschäftsherrn für sein Verschulden in contrahendo.

In einem bestimmten Einzelfall hat das Reichsgericht den Gedanken, daß der Vertretene für ein Verschulden des Vertreters in contrahendo einzustehen habe, konstruktiv anders begründet, und zwar in der bekannten Reichsgerichtentscheidung im 83. Band Seite 241 ff. Der Eigentümer eines Berliner Mietshauses hatte auf Grund eines von seinem Generalbevollmächtigten geschlossenen Tauschvertrags dieses Grundstück gegen ein anderes vertauscht. Bei den Vertragsverhandlungen hatte der Erwerber sich bei dem Generalbevollmächtigten des Hauseigentümers nach den Unkosten der Hausverwaltung erkundigt. Dieser hatte arglistigerweise die Unkosten zu nieder angegeben, ohne aber vertragliche Gewähr für diese seine Angaben zu übernehmen. Durch diese niedere Angabe der Verwaltungsunkosten verleitet, schloß der Erwerber den Tauschvertrag und klagte nunmehr gegen den früheren Eigentümer des Hauses, den durch den Generalbevollmächtigten Vertretenen, der von der Arglist seines Vertreters nichts gewußt hatte, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Das Reichsgericht gab der Klage statt und führte zur Begründung aus, wenn der Hauseigentümer sich selbst dieser Arglist schuldig gemacht hätte, so würde gegen ihn unbedenklich ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse gegeben sein. Das gleiche müßte aber gelten, wenn diese Arglist zwar nicht ihm, wohl aber seinem Bevollmächtigten zur Last falle. Gemäß § 164 bzw. 166 würde allerdings Voraussetzung dafür sein, daß der Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht gehandelt habe. Diesem Erfordernis sei aber dadurch genügt, daß das Rechtsgeschäft, zu dessen Abschluß er sich des arglistigen Verhaltens bediene, innerhalb der ihm

erteilten Vollmacht liege. Da der vertragliche Anspruch wegen Verschweigens zu begründen sei mit der dadurch verletzten Vertragspflicht, also nicht mit einer unerlaubten Handlung, so ergebe sich hieraus, daß der Vertretene das Rechtsgeschäft, zu dessen Abschluß er Vollmacht erteilt habe, so hinnehmen müsse, wie es sein Vertreter geschlossen habe, d. h. mit den dem Geschäft anhaftenden Mängeln; dies folge aus § 166 Abs. 1. Dann könne der Vertretene, da der Anspruch sich nicht auf eine unerlaubte Handlung stütze, sich von dieser Haftung nicht durch den in § 831 gewährten Entlastungsbeweis befreien.

Nach dieser Entscheidung ist Haftungsgrund des Vertretenen nicht die Tatsache der Verwendung eines Gehilfen beim Kontrahieren, bei der Erfüllung der vorkontraktlichen Rechtspflichten. In dem Einzelfall, wo das Gesetz bzw. die Rechtsprechung wegen arglistigen Verschweigens von Mängeln oder arglistiger Vorspiegelung einer Eigenschaft der zu verkaufenden oder zu vertauschenden Sache, also wegen eines vorvertraglichen Verschuldens dem Getäuschten einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gibt, also den Täuschenden rechtlich so behandelt, als hätte er das Fehlen des Mangels bzw. das Vorhandensein der Eigenschaft vertraglich zugesichert, in diesem Einzelfall soll den Vertretenen die gleiche Haftung treffen, wenn er den Vertrag durch einen Bevollmächtigten schließen ließ und dieser in der angegebenen Weise arglistig handelte. Der Anspruch aus § 463 Satz 2 wird im Wege der Fiktion als Anspruch aus dem Vertrag konstruiert. Der Vollmachtgeber haftet deshalb aus dem Vertrag für die Arglist des Stellvertreters, weil der Anspruch aus § 463 Satz 2 als Anspruch aus Vertrag konstruiert wird und weil der Vertreter durch seinen Vertragsschluß den Vertretenen für alle Ansprüche aus dem Vertrag unmittelbar verhaftet, wie wenn dieser den Vertrag in eigener Person abgeschlossen hätte. Rechtsgrund der Haftung des Vollmachtgebers ist der vom Vertreter innerhalb seiner Vertretungsmacht geschlossene Vertrag. Die Haftung des Geschäftsherrn gründet sich nach dieser Entscheidung in diesem Einzelfall auf die §§ 164 ff.

§ 11.

Das Gebot der Interessenlage.

Es soll zunächst dahingestellt bleiben, inwieweit der Konstruktion in RGE. 83 Seite 241 ff. und den materiellen Besonderheiten, welche eine solche Konstruktion in diesem Einzelfall mit sich bringt, beizutreten ist. Ebenso soll vorerst auch nicht untersucht werden, inwiefern die allgemeine Formulierung der andern Reichsgerichtsentscheidungen, daß in § 278 der Rechtsgrund einer unbedingten Haftung des Geschäftsherrn für culpa in contrahendo seiner Gehilfen, d. h. in unserer Frage

seiner Stellvertreter, zu suchen sei, konstruktiv richtig ist. Es möge zuerst die Frage erwogen werden: Ist eine solche unbedingte Haftung des Geschäftsherrn für die culpa in contrahendo seiner Stellvertreter geboten? Ist es billig und gerecht, dem Vollmachtgeber grundsätzlich eine Entschuldigungsmöglichkeit, er habe sorgfältig ausgewählt, abzuschneiden? Welche schutzwürdigen Interessen der am Vertragsschluß beteiligten Parteien stehen sich hier bezüglich der Haftung für ein Verschulden der Stellvertreter in contrahendo gegenüber?

1. Die Sachlage, wenn der Vertretene nur bei eigenem Verschulden haftet.

Wie ist die Sachlage, wenn man eine unbedingte Haftung des Geschäftsherrn für das vorvertragliche Verschulden seiner Vertreter ablehnt? Man nehme an, es sei ihm der Entlastungsbeweis über sorgfältige Auswahl des Vertreters gelungen und er selbst sei an dem kulposen Verhalten seines Bevollmächtigen nicht beteiligt. Dann ist die Stellung des dadurch Geschädigten eine schlechte. Der Vertreter hat z. B. schuldhaft vorgespiegelt, in nächster Nähe des zu verkaufenden Grundstücks werde in Bälde eine Eisenbahn gebaut werden, und hat dadurch den Verkäufer zum Abschluß des Kaufvertrags bewogen. Dann kann der Getäuschte zwar wohl den Vertrag anfechten und Herausgabe des Geleisteten nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen; aber damit, daß er von dem Vertrag loskommt, wird ihm oftmals noch nicht genügender Schutz gewährt. Er hat durch den Vertragsschluß Unkosten gehabt, hat Anschaffungen gemacht, die mit dem Grundstückserwerb zusammenhängen, die für das Grundstück verwendet werden sollten und die ihm jetzt wertlos daliegen, oder er hat infolge dieses Kaufvertrags eine andere günstige gewinnreiche Chance zum Kauf eines Grundstücks ausgeschlagen, kurz er hat Schaden erlitten, dadurch, daß er, auf die Richtigkeit dieser außervertraglichen Vorspiegelungen vertrauend, den Vertrag abschloß. Er kann den Vertrag wohl anfechten, aber damit ist ihm kein Ersatz für diese Schädigung gewährt. Den Geschäftsherrn kann er nicht in Anspruch nehmen, da dieser an der Arglist des Vertreters unbeteiligt ist. Wohl haftet ihm der Vertreter aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung, praktisch wird dies jedoch häufig dem Geschädigten keinen ausreichenden Schutz bieten, da solche Vertreter oft ohne Vermögen sind, also den Schaden tatsächlich nicht ersetzen können. Der Getäuschte bleibt also der Geschädigte ohne Aussicht auf Ersatz seines Schadens. Er trägt das Risiko der Arglist des Stellvertreters seines Gegenkontrahenten, während der Geschäftsherr, in dessen Interesse der Bevollmächtigte tätig war, durch diese Arglist nicht gefährdet ist. Eine solche Verteilung der Gefahr einer Arglist des Stellvertreters in

contrahendo wird ungerecht erscheinen. Es widerspricht dem Billigkeitsgefühl, die Gefahr einer schuldhaften Schadenszufügung durch Gehilfen nicht dem aufzubürden, in dessen Dienst und Interesse der Gehilfe handelte, sondern dem, welcher durch das schuldhafte Handeln des Gehilfen unmittelbar getroffen wird.

Schlimmer noch ist die Lage des Gegenkontrahenten, wenn der Stellvertreter ihn nicht arglistig täuschte, sondern nur fahrlässigerweise von solchen Bauplänen gesprochen hatte, wenn er unbestimmten Gerüchten vertraute, sie ohne nähere Prüfung als richtig hingenommen und insoweit den Käufer schuldhaft in einen Irrtum versetzt hatte. Dann steht diesem kein Anfechtungsrecht aus § 123 zu. Er muß an dem Vertrag festhalten, muß das Grundstück behalten und den hohen Kaufpreis dafür bezahlen. Er ist durch diese Fahrlässigkeit des Stellvertreters geschädigt, und der Vertretene zieht aus dieser culpa des Bevollmächtigten den Vorteil. Der Geschäftsherr erhält den durch das außervertragliche fahrlässige Vorspiegeln des Vertreters in die Höhe getriebenen Kaufpreis, ohne für den Schaden, den der Gegenkontrahent erlitten hatte, in Anspruch genommen werden zu können. Ja nicht einmal eine persönliche Haftung des Vertreters besteht, da sein Verhalten nicht den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt und die vorvertraglichen Rechtspflichten nicht den Vertreter treffen, nicht den, der tatsächlich die Vertragsverhandlungen führt und den Vertrag abschließt, sondern den, welcher aus dem zu schließenden Vertrag berechtigt und verpflichtet wird. Der Gegenkontrahent steht also bei einer solchen Fahrlässigkeit des Vertreters in contrahendo schutzloser da, schutzloser noch als wenn der Vertreter ihn arglistig täuschte. Nutznießer dieses Verschuldens ist der Geschäftsherr. Daß ein solches Ergebnis ungerecht und unbillig ist, wird kaum zweifelhaft sein.

2. Die Frage des Selbstschutzes des Gegenkontrahenten.

Man wird nicht sagen können, den Gegenkontrahenten treffe mit Recht die Gefahr des vorvertraglichen Verschuldens des Stellvertreters. Er könne sich gegen dieses dadurch sichern, daß er sich vertragliche Schutzgarantien geben lasse, und dann hafte ja der Geschäftsherr aus dem Vertrag für das vertraglich Zugesicherte. Dieser Gedanke mag für vorvertragliche Vorspiegelungen und Anpreisungen an sich erwägenswert sein. Es ist aber zu bedenken, daß die heutige Rechtsprechung des Reichsgerichts zahlreiche vorvertragliche Sorgfaltspflichten anerkannt hat, für deren Erfüllung sich eine vertragliche Garantie geben zu lassen dem Gegenkontrahenten nicht zugemutet werden kann, und für welche eine solche vertragliche Garantie auch merkwürdig wäre. Man denke z. B. an die Pflicht des Verkäufers, bekannte Mängel dem Käufer anzuzeigen. Es ist zwar theoretisch denkbar, daß der

Käufer sich vom Stellvertreter im Kaufvertrag eine vertragliche Ga
rantie geben läßt, daß der Geschäftsherr für das Verschweigen vo
Mängeln aus dem Vertrag haften wolle. Man wird aber kein Ver
schulden des Käufers darin erblicken können, wenn er sich eine solch
vertragliche Garantie, die etwas absonderliches wäre, nicht geben läßt
und wird es nicht mit einem solchen Verschulden begründen können
wenn er jetzt wegen des arglistigen Verschweigens von Mängeln durch
den Bevollmächtigten gegen den Vertretenen keinen Anspruch habe
Es steht fest, daß der Geschäftsherr bei Kontraktschluß in eigene
Person für solch arglistiges Verschweigen nach Gesetz einzustehen hat
Wenn der Kontrakt durch einen Bevollmächtigten geschlossen wird und
dieser arglistig handelt, so wird man die Bestimmung der Haftung
des Geschäftsherrn für diese culpa in contrahendo seines Stellvertreters
mit Fug und Recht gleichfalls vom Gesetz erwarten und nicht sagen
dürfen, der Gegenkontrahent solle eben dafür sorgen, daß er einen An
spruch gegen den Geschäftsherrn aus diesem Verschulden seines Ver
treters erhalte: wenn er sich nicht vertraglich eine solche Haftung aus
bedinge, dann geschehe es ihm gerade recht, wenn der Geschäftsherr ihm
nicht hafte. Das würde beinahe bedeuten, daß ein anständiges Denken
einer Partei, welche dem Bevollmächtigten ihres Gegenkontrahenten
kein arglistiges Mängelverschweigen zutraut und deshalb im Vertrag
von einer Haftung des Geschäftsherrn dafür nichts erwähnt, als rechts
schutzverwirkende Fahrlässigkeit anzusehen sei. Es ist weiterhin zu be
denken, daß für die Verletzung vorvertraglicher Pflichten auch dann
gehaftet wird, wenn kein Vertrag zustandegekommen ist. Wenn z. B.
gerade die culpa in contrahendo der einen Partei an dem Nichtzustande
kommen oder der Nichtigkeit des Vertrags schuld war, dann fehlt dem
Kontrahenten überhaupt jede Möglichkeit, aus dem Vertrag einen An
spruch gegen den Geschäftsherrn zu begründen. Der Vertrag kann nicht
Haftungsgrund werden, weil er ja gar nicht zustandegekommen ist.

In solchen Fällen also, wo es dem Gegenkontrahenten nicht zuzu
muten ist, dafür zu sorgen, daß der Bevollmächtigte in den Vertrag
eine Bestimmung aufnimmt, der Vertretene hafte aus dem Vertrag für
das Verhalten seines Vertreters und in solchen Fällen, wo es wegen
Nichtzustandekommen des Vertrags schon technisch nicht möglich war,
eine solche Bestimmung in den Vertrag aufzunehmen und daraus eine
Haftung des Vollmachtgebers zu begründen, kann die Entscheidung, ob
der Geschäftsherr für die culpa seines Vertreters hafte, nicht von der
vertraglichen Garantieübernahme in einem vom Vertreter geschlos
senen Vertrag abhängig sein. Die Gedanken, welche in diesen beiden
letzteren Fällen zur Bejahung einer solchen Haftung führen, sind aber
die gleichen, welche auf eine Haftung des Geschäftsherrn für außer
vertragliche Vorspiegelungen und Anpreisungen des Vertreters hin
weisen. Die Erwägung, weshalb der Geschäftsherr für arglistiges Ver

schweigen von Mängeln durch den Vertreter hafte, weshalb er hafte, wenn sein Vertreter einen auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag trotz seines Wissens um die Unmöglichkeit schloß, gebietet auch eine Haftung des Geschäftsherrn für vorvertragliche schuldhafte Vorspiegelung einer Eigenschaft der zu verkaufenden Sache durch den Vertreter. Das Interesse des Gegners ist in allen Fällen das gleiche, es möge ihm durch eine Verhaftung des Geschäftsherrn ausreichender Schutz gegen vorvertragliches Verschulden des Vertreters gewährt werden. Man darf nicht sagen, in den einen Fällen nehmen wir eine Haftung des Geschäftsherrn aus Gesetz an, wo es dem Gegenkontrahenten nicht möglich oder zumutbar war, durch den Vertrag sich vertraglich gegen das Verschulden des Bevollmächtigten zu sichern. Wenn der Vertreter aber außervertraglich Eigenschaften schuldhaft vorgespiegelt oder falsche Anpreisungen gemacht hat, ist eine Haftung des Geschäftsherrn dafür abzulehnen, weil es dem Gegner zuzumuten und möglich war, sich diese Erklärungen des Bevollmächtigen vertraglich geben zu lassen. Wenn in den ersten Fällen das Gesetz der Haftungsgrund ist, so muß es auch im letzten Haftungsgrund sein. Der Schutz kann nicht als mit Recht verwirkt angesehen werden, wenn der Gegenkontrahent seinen Schutz vom Gesetz an sich erwartet, ohne in einem Vertrag einen Schutzgrund sich zu schaffen.

Wenn der Gegner die Erklärungen des Vertreters sich vertraglich geben läßt, so will er überdies keine Haftung des Geschäftsherrn für das Verschulden des Vertreters ins Leben rufen, keine Haftung des Geschäftsherrn für den Schaden, der dem Gegenkontrahenten dadurch entsteht, daß er, auf die Vorspiegelungen des Vertreters vertrauend, sich zum Vertragsschluß verleiten läßt. Er will damit den Geschäftsherrn verpflichten, die Sache mit den zugesicherten Eigenschaften versehen ihm zukommen zu lassen. Kommt der Geschäftsherr dieser vertraglichen Verpflichtung nicht nach, so haftet er dem Gegner auf das Erfüllungsinteresse. Haftet er für die arglistige außervertragliche Vorspiegelung einer Eigenschaft durch seinen Vertreter, so hat er dem Gegner nur das negative Vertragsinteresse zu ersetzen, den Schaden, der ihm durch die arglistige Verleitung zum Vertragsschluß entstanden ist. Diese Haftung ist in der Regel beschränkter, ihr Rechtsgrund ist nicht der Vertrag, sondern die vorvertragliche culpa des Vertreters. Wenn der Kontrahent keine vertragliche Haftung des Geschäftsherrn aus dem Vertrag auf das Erfüllungsinteresse begründen will, so liegt darin noch kein Verzicht auf einen in der Regel beschränkteren Anspruch, der ihm gegen den Geschäftsherrn aus dieser culpa in contrahendo des Vertreters zustehen soll; und es ist abwegig, zu behaupten, mit Recht stehe dem Geschädigten wegen solcher außervertraglichen Vorspiegelungen durch den Vertreter gegen den Geschäftsherrn kein Anspruch zu, weil er keine Haftung des Geschäftsherrn für diese

Versicherungen aus Vertrag und auf das Erfüllungsinteresse geschaffe
habe. Die Tatsache, daß keine solche in der Regel weitergehende Ha
tung vereinbart wurde, darf nicht dem Geschädigten als Verschulde
ausgelegt werden dahin, daß er deshalb auch keinen auf die Haftun
des Geschäftsherrn für vorvertragliche culpa des Vertreters sich stü
zenden, in der Regel beschränkteren Anspruch auf Ersatz des ihm durc
die culpa des Vertreters entstandenen Schaden mehr habe.

3. Der Schutz durch eine Haftung des Stellvertreters.

Kein ausreichender Schutz ist dem Gegenkontrahenten gewähr
wenn man sagen würde: Selbstverständlich muß er gegen eine culpa i
contrahendo geschützt sein, mag auf der Gegenseite ein Stellvertrete
kontrahieren oder der Interessent selbst. Aber nicht der Geschäftsher
der sich vertreten ließ, haftet für diese culpa in contrahendo, sonder
der Stellvertreter. Er hat tatsächlich die Verhandlungen geführt un
den Vertrag abgeschlossen; ihn treffen die vorvertraglichen Sorgfalts
pflichten, nicht den Geschäftsherrn. Dies wäre schon aus einem Denk
grund falsch; denn wenn man sagt, es bestehen schon vor Vertrags
schluß im Stadium der Vertragsverhandlungen bestimmte, durch Tre
und Glauben gebotene Rechtspflichten, so ist der dazu führende Ge
danke der, daß die Parteien, welche durch den Vertragsschluß beredi
tigt und verpflichtet werden, zwischen welchen der Vertrag ein feste
rechtliches Band anknüpfen wird, durch Vertragsverhandlungen ein
wirtschaftliche Annäherung erfahren, welche als solche schon bestimmt
Pflichten auslöst. Nun steht aber der, welcher als Stellvertreter die Ver
tragsverhandlungen führt und den Vertrag abschließt, außerhalb sol
cher Annäherung der wirtschaftlichen Interessen. Er hat mit den Rec
ten und Pflichten aus dem Vertrag nichts zu schaffen, ihn treffen des
halb auch nicht die vorvertraglichen Pflichten. Er haftet persönlich nur
sofern sein Verhalten den Tatbestand des § 823 bzw. § 826 erfüllt. De
Stellvertreter hat in seiner Eigenschaft als zum Vertragsschluß Ermäch
tigter Vertragsverhandlungen angeknüpft und damit für seinen Ge
schäftsherrn, der ihm die Vollmacht erteilt hatte, eine wirtschaftliche
Annäherung mit dem Gegenkontrahenten herbeigeführt, aus welche
vorvertragliche Pflichten folgern. Darum treffen diese ausschließlic
den Geschäftsherrn.

Aber auch dem Schutzinteresse des Gegners wäre mit einer solchen Haf
tung des Stellvertreters nicht Genüge getan. Denn dieser wird praktisc
oft nicht in der Lage sein, den durch seine culpa verursachten Schaden zu
ersetzen. Er dient durch seine Tätigkeit, seine Arbeitsleistung fremden
Interesse und fremdem Vermögen. Er gehört häufig den vermögenslosen
Volksschichten an. Der Gegner, der durch das vorvertragliche Verschulde
des Stellvertreters um Zehntausende geschädigt sein kann, wird mit eine

Haftung des Stellvertreters in sehr vielen Fällen nichts anfangen könne. Das Recht darf sich nicht damit begnügen, festzustellen, daß einem Geschädigten eine Person, die ihm für den Schaden haftet, gegenübersteht. Es muß sich auch fragen, ob die Verhaftung dieser Person für den Geschädigten einen praktischen Wert besitzt; und ist dies, wie hier bei einer Verhaftung des Stellvertreters in der Regel nicht der Fall, so muß der den billigen Ausgleich Suchende feststellen, daß der Gegner einer vorvertraglichen culpa des Vertreters dann tatsächlich schutzlos gegenübersteht, und er wird sich mit der Tatsache dieser Haftung des Stellvertreters nicht beruhigt abfinden können.

4. Das Gelingen oder Mißlingen des Entlastungsbeweises des § 831.

Wir haben gesehen, daß die Ablehnung einer unbedingten Haftung des Geschäftsherrn für die culpa in contrahendo seines Stellvertreters dem Gegner das ganze Risiko des Verschuldens des Vertreters auferlegt, ohne daß er sich wirksam und mit Sicherheit dagegen schützen könnte. Wir mußten feststellen, daß, auch wenn man stets eine Haftung des Stellvertreters für sein Verschulden, sei es vorsätzliches, sei es fahrlässiges, annehmen würde, der Gegner praktisch nicht geschützt wäre. Es kann aber auch nicht behauptet werden, daß es dem Geschäftsherrn, wenn er nach § 831 zu haften habe, selten gelingen werde, den Entlastungsbeweis des § 831 zu führen, daß er also in der Mehrzahl der Fälle für die vorvertragliche culpa seines Vertreters schon unter dem Gesichtspunkt des § 831 praktisch haften müsse. Wenn man sich an den Wortlaut des § 831 hält, so müßte eine Haftung des Geschäftsherrn zur Voraussetzung haben, daß der Stellvertreter in contrahendo widerrechtlich dem Gegner Schaden zugefügt hat, daß eine unerlaubte Handlung des Stellvertreters vorliegt. Wenn dieser nun z. B. nur fahrlässig einen Mangel der zu verkaufenden Sache dem Gegner nicht mitteilt und der Gegner deshalb Schaden leidet, so käme die Anwendung des § 831 schon gar nicht in Betracht. Denn fahrlässige Vermögensbeschädigung ist nach dem Recht des BGB. keine unerlaubte Handlung. Der Gegner wäre also bei einer solchen Fahrlässigkeit des Vertreters schutzloser als bei vorsätzlichem Handeln. Doch auch wenn man weitergeht und im Wege eines Analogieschlusses, dessen Zulässigkeit dahingestellt sei, sagen wollte, der Geschäftsherr hafte für jede culpa in contrahendo des Vertreters ebenso wie er für eine widerrechtliche zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung des Vertreters nach § 831 haften würde, so würde damit praktisch der Gegner nicht geschützt sein, denn in der Mehrzahl der Fälle würde der Entlastungsbeweis im Sinne des § 831 nicht mißlingen, sondern gelingen. Der Geschäftsherr hat den Stellvertreter mit verkehrserforderlicher Sorgfalt auszuwählen. Was setzt eine verkehrserforderliche Sorgfalt voraus? Eine Erkundigung

nach der Zuverlässigkeit und Tüchtigkeit des zu Bevollmächtigenden
Legt dieser dem Geschäftsherrn Zeugnisse mit gutem Inhalt vor, s
wird der Geschäftsherr seiner Erkundigungspflicht schon genügt haben
Oder gibt der zu Bevollmächtigende gute Referenzen an und frägt de
Geschäftsherr bei den angegebenen Leuten nach, und erhält er dor
gute Auskunft, an deren Richtigkeit zu zweifeln er keinen Anlaß hat
so ist damit wieder seiner Erkundigungspflicht Genüge getan. Nun wird
jeder Geschäftsmann, der einem ihm noch fremden Menschen Voll
macht zum Abschluß eines Geschäfts erteilen will, sich in irgend einer
solchen Weise über die Zuverlässigkeit des zu Bestellenden schon in
seinem eigensten Interesse erkundigen, und es wird ihm im Prozeß
auch nicht schwer fallen, zu beweisen, daß er sich erkundigt hat. Hat
der Geschäftsherr einen Angestellten seines Geschäfts, ohne daß er von
dritter Seite Auskünfte eingezogen hatte, oder sich sonstwie über seine
Zuverlässigkeit bei andern erkundigt hatte, zum Abschluß eines Ver-
trags ermächtigt, so wird es ihm, soweit er tatsächlich sorgfältig ge-
handelt hat, a u c h leicht fallen, nachzuweisen, daß er aus den bis-
herigen Leistungen des Angestellten im Geschäft, die sorgfältig waren,
den Eindruck gewinnen durfte, der Angestellte sei ein zuverlässiger
und tüchtiger Mensch. Noch günstiger steht der Geschäftsherr, wenn
sein Geschäftsbetrieb so groß ist, daß ihm nicht zugemutet werden
kann, alle zu bestellenden Vertreter in eigener Person auszuwählen,
wenn er mehrere Schichten von Angestellten beschäftigt in der Weise,
daß die eine der andern übergeordnet ist und er die Bestellung ge-
wisser Einzelvertreter einem höheren Angestellten überlassen hat.
Dann befreit er sich von einer Verhaftung wegen unsorgfältiger Aus-
wahl schon dadurch, daß er nachweist, er habe den höheren Angestell-
ten sorgfältig ausgewählt und habe das Geschäft so organisiert, daß
eine gewisse allgemeine Beaufsichtigung der Angestellten stattfindet, und
es bleibt für seine Verhaftung dann gleichgültig, ob dieser Angestellte
seinerseits bei der Bestellung des Vertreters schuldhaft gehandelt hat.

Eine Pflicht des Geschäftsherrn, das Verhalten des Vertreters bei den
auf den Vertrag hinzielenden Handlungen zu leiten, und eine Haftung
wegen schuldhafter Verletzung einer solchen Leitungspflicht ist abzu-
lehnen. Einer solchen Pflicht steht gerade das Wesen der Stellvertretung
entgegen. In der Zulässigkeit der Stellvertretung liegt es begründet,
daß es gestattet ist, alle die Handlungen, die auf einen Vertragsschluß
hinzielen, wie schließlich den Vertragsschluß selbst, durch einen Dritten
selbständig vornehmen zu lassen in dem Sinn, daß das Denken des
Stellvertreters in eigener Erwägung entscheidet, wie der Vertrag her-
beizuführen sei, welche Schritte er zur Erreichung dieses Ziels zu unter-
nehmen habe. Der Geschäftsherr kann im Einzelfall das Handeln des
Vertreters vor Vertragsschluß in gewisser Weise leiten, kann ihm An-
weisungen geben, ihm vorschreiben, was er zu tun und was er nicht zu

tun habe. Eine Pflicht dazu besteht für den Geschäftsherrn aber nicht. Gibt er dem Vertreter jedoch bezüglich der Handlungen, die auf den Vertragsschluß hinzielen, bestimmte Anweisungen und kommt der Vertreter diesen nach und fügt dadurch, daß er weisungsgemäß handelt, dem Gegner Schaden zu, so haftet der Geschäftsherr dem Gegner aber ohne weiteres für diesen Schaden, ohne Rücksicht für das Verschulden des Vertreters, sofern er bei der Erteilung und Übermittlung der Anweisung an den Vertreter nicht so forgfältig handelte, wie es durch die vorvertraglichen Rechtspflichten geboten war.

Eine Pflicht des Geschäftsherrn, den Gehilfen bei der Ausführung der ihm übertragenen Verrichtungen zu beaufsichtigen, hat die Bestimmung des § 831 nicht begründet. Das Vorhandensein einer solchen Beaufsichtigungspflicht gegenüber dem Tun eines Stellvertreters ist nirgends im Gesetz ausgesprochen; eine Haftung des Geschäftsherrn wegen Nichtbeaufsichtigung ist also zu verneinen. Immerhin wird man aber sagen müssen, es besteht zwar keine Pflicht des Geschäftsherrn zur Aufsicht; aber wenn er von schuldhaften Handlungen des Vertreters in contrahendo hört, so wird er diesen entgegentreten müssen. Man nehme den Fall, der Geschäftsherr habe den Vertreter zwar subjektiv mit aller Sorgfalt ausgewählt und sei auch in der Lage, diese Sorgfalt nachzuweisen. Der Vertreter knüpft Vertragsverhandlungen an, diese ziehen sich länger hin, er unterrichtet den Geschäftsherrn über den Stand der Verhandlungen; aus dem Briefwechsel geht hervor, daß der Vertreter zwar bis jetzt nicht schuldhaft gegen vorvertragliche Pflichten verstoßen hat; wohl aber läßt sich entnehmen, daß er bei der Fortsetzung der Verhandlungen schuldhaft handeln wird. Es hat sich also herausgestellt, daß objektiv die Auswahl fehlerhaft war, daß mit dem Abschluß des Vertrags tatsächlich ein unzuverlässiger bzw. untüchtiger Mann betraut war. Der Geschäftsherr hat jetzt von der Unzuverlässigkeit des Bevollmächtigen erfahren. Er wird sofort die Vollmacht und den Auftrag des Vertreters zu widerrufen haben, um einer Haftung für den durch die culpa des Vertreters entstehenden Schaden aus dem Gesichtspunkt der Verwendung eines unzuverlässigen Gehilfen im Sinne des § 831 zu entgehen. Dem ganz gleich gelagert, deshalb im Wege eines Analogieschlusses aus § 831 gleich zu entscheiden, ist ein anderer Fall. Der Geschäftsherr, der gleichfalls subjektiv sorgfältig ausgewählt hatte, erfährt während der sich länger hinziehenden Vertragsverhandlungen, daß der Vertreter in contrahendo schon schuldhaft gehandelt hat, ohne daß allerdings eine Schädigung des Gegners eingetreten wäre, daß eine solche aber sicher eintreten würde, wenn die Vertragsverhandlungen auf der Grundlage des bisher Geschehenen fortgesetzt würden. Es hat sich gleichfalls herausgestellt, daß die Auswahl objektiv fehlerhaft war. Ein Verschulden des Vertreters liegt schon vor; allerdings hat es noch nicht zu einer Schädigung des Gegners geführt. Wie im ersteren

Fall der Geschäftsherr der Möglichkeit, daß der Vertreter schuldhaf
Schaden anrichtet, entgegenzutreten hat, so ist auch in diesem Fall ein
Pflicht des Geschäftsherrn anzunehmen, da, wo ein Verschulden de
Vertreters schon vorliegt, wenigstens noch alles zu tun, um zu verhin
dern, daß diese culpa zu einer Schädigung des Gegners führt. Er wir
gleichfalls dem Vertreter Vollmacht wie Auftrag zu entziehen haben
Tut er dies nicht, so wird er für den Schaden, den der Vertreter dem
Gegner verursacht hatte, nach dem Gedanken des § 831 zu hafte
haben, mag auch die schuldhafte Handlung des Vertreters in einen Zeit
punkt fallen, da er von der Unzuverlässigkeit seines Gehilfen noc
nichts wußte.

Solche Fälle aber, in welchen der Geschäftsherr die Möglichkeit un
deshalb die Pflicht hat, einem schädigenden Verhalten des Vertreter
in contrahendo entgegenzutreten und den Gegner vor Schaden zu be
wahren, werden zu den seltenen gehören. In der Regel wird die Tätig
keit des Bevollmächtigten vor Vertragsschluß, was die Erfüllung de
vorkontraktlichen Pflichten anlangt, unkontrolliert und unkontrollier
bar sein. Unter dem Gesichtspunkt des § 831 besteht nur eine Pflich
des Geschäftsherrn zu sorgfältiger Auswahl des Vertreters. Erfüllt e
diese, so ist er von einer Verhaftung für die culpa in contrahendo de
Bevollmächtigten nach § 831 frei. Die Umkehrung der Beweislast mag
es in einzelnen Fällen mit sich bringen, daß der Geschäftsherr für vor
vertragliches Verschulden des Vertreters auch bei sorgfältiger Auswah
einzustehen hat, weil er nicht in der Lage ist, seine Sorgfalt nachzu
weisen. Aber dieser Beweis wird ihm in der Regel nicht allzuschwe
fallen und es wird falsch sein, zu behaupten, daß praktisch eine Um
kehrung der Beweislast im Sinne des § 831, wonach nicht der Ge
schädigte das Verschulden des Geschäftsherrn in der Auswahl des Ver
treters, sondern dieser seine Sorgfalt nachzuweisen habe, in der Mehr
zahl der Fälle zu dem Ergebnis führe, daß der Geschäftsherr für die
culpa in contrahendo des Vertreters infolge dieser Ungunst der Beweis
lage zu haften habe.

Abgesehen davon, daß wir nicht glauben, eine solche Beweislast
regel wie die des § 831 bedeute in den meisten Fällen ein unbedingte
Einstehenmüssen des Geschäftsherrn, so würde es auch dem juristische
Denken widerstreiten, ein durch Billigkeitserwägungen geforderte
materielles Ergebnis auf eine solche Beweislastregel gegründet zu
sehen. Steht man auf dem Standpunkt, daß der Gegner gegen die culpa
in contrahendo des Vertreters durch eine grundsätzliche Verhaftung
des Geschäftsherrn Schutz verdiene, so wird man eine allgemeine gleich
Regelung anstreben müssen, ohne auf prozessuale Zufallsumstände ab
stellen zu dürfen. Wenn man glaubt, den Geschäftsherrn bei Führung
des Entlastungsbeweises gegenüber der Vermutung der unsorgfältige
Auswahl nicht verhaften zu sollen, so muß man sich dessen bewußt sein

daß das Gelingen bzw. Mißlingen dieses Entlastungsbeweises oft vom Zufall abhängt, daß also im Einzelfall solche technischen Umstände darüber entscheiden können, ob der Gegner Schutz genießt oder nicht. Daß die Abstellung auf solche Zufälligkeiten auf jeden Fall unglücklich und schädlich ist, wird einleuchten.

5. Die unbedingte Haftung für die culpa in contrahendo des gewillkürten Bevollmächtigten.

Dem Schutzinteresse des Gegenkontrahenten wird man in vollem Umfange nur gerecht werden, wenn man eine unbedingte Haftung des Geschäftsherrn für das vorkontraktliche Verschulden seines Bevollmächtigten anerkennt. Nur wenn der Gegner wegen seines Schadens den in der Regel kapitalstarken und wirtschaftlich leistungsfähigen Geschäftsherrn belangen kann, hat er begründete Aussicht, den Schaden auch ersetzt zu erhalten. Eine Haftung des Stellvertreters wird ja häufig keinen praktischen Wert besitzen. Ein wirksamer Selbstschutz des Gegners gegen eine vorkontraktliche culpa des Vertreters ist zum Teil nicht möglich, zum Teil nicht zumutbar. Da wo es möglich wäre, darf in der Nichtsicherung keine schutzverwirkende Fahrlässigkeit gesehen werden. Eine allgemeine Haftung des Geschäftsherrn für die culpa in contrahendo seines Bevollmächtigten wird durch Treu und Glauben gefordert. Wenn der Geschäftsherr in eigener Person kontrahiert, genießt der Gegner gegen dessen vorkontraktliches Verschulden Schutz. Seine Interessenlage bezüglich dieses Schutzes gegen culpa in contrahendo ist aber genau die gleiche, ob der andere Kontrahent in eigener Person kontrahiert oder durch Stellvertreter kontrahieren läßt. Er wünscht Schutz gegen vorvertragliches Verschulden der andern Seite überhaupt, und verdient diesen Schutz im selben Maße ohne Rücksicht darauf, wie der andere Kontrahent auf seiner Seite die Vornahme der auf den Vertragsschluß hinzielenden Handlungen und die Erfüllung der durch die Tatsache der Vertragsverhandlungen gebotenen Pflichten organisiert hat. Er zieht aus dieser Verwendung von Stellvertretern keinen Vorteil. Der Geschäftsherr ist der Nutznießer der Arbeit seiner Bevollmächtigten. Dessen Interesse ist es, das die fremde Hilfe zuzieht. Der Geschäftsherr spart sich dadurch, daß er fremde Hilfskräfte zur Führung der Vertragsverhandlungen und zum Kontraktschluß verwendet, eigene Mühe. Sein Tun wird durch das der Bevollmächtigten ersetzt, seine Arbeit durch die der Hilfskräfte. Das Institut der Stellvertretung erlaubt es dem Geschäftsherrn, ohne eigene Kraftanstrengung für sich vertragliche Berechtigungen und Verpflichtungen ins Leben rufen zu lassen. Es ermöglicht ihm aber auch, seine rechtliche und damit wirtschaftliche Wirkungsfähigkeit ins Unbegrenzte zu erweitern. Die Fähigkeit des Geschäftsherrn, in eigener Person zu kontrahieren, ist

schon durch physische oder räumliche Schranken begrenzt. Man denk
an einen großen kaufmännischen Geschäftsbetrieb mit zahlreiche
Zweigstellen oder an ein großes Warenhaus. Hier ist es schon technis
unmöglich, daß der Geschäftsherr alle Verträge, die im Laufe ein
Tages in einem solchen Geschäft abzuschließen sind, in eigener Pers
schließt. Erst das Rechtsinstitut der Stellvertretung hat es ihm ermö
licht, seine wirtschaftlichen Beziehungen und Handlungen über d
physischen Grenzen seiner persönlichen Arbeitsfähigkeit auszudehne
Das Institut der Stellvertretung gestattet es ihm, in alle Welt Bevol
mächtigte zu schicken und dort für sich arbeiten, für sich wirtschaf
liche Beziehungen anknüpfen, Verhandlungen führen und schließli
Verträge abschließen zu lassen. Das egoistische wirtschaftliche Interes
des Geschäftsherrn beruft die Vertreter, sei es um eigene Mühe z
sparen, sei es um seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auszuweite
Es ist billig, daß er auch die Gefahren trägt, die mit der Zuziehung v
Bevollmächtigten verbunden sind, Gefahren insofern, als es möglich is
daß er auch bei aller Sorgfalt in der Auswahl unzuverlässige und u
tüchtige Bevollmächtigte bestellt hat, die ihrerseits durch Pflichtve
gessenheit oder Böswilligkeit bei der Führung der Vertragsverhan
lungen und dem Abschluß des Vertrags dem Gegner Schaden zufüge
Dem Geschäftsherrn kommt jeder Vorteil aus der Tüchtigkeit sein
Stellvertreter zugute; es ist billig, daß er auch für deren Untüchtigk
einzustehen hat. Er wählt und bestellt die Bevollmächtigten im eigen
Interesse, er verwendet sie auf eigene Gefahr.

Es soll nicht verkannt werden, daß eine derartige weitgehende Ha
tung für die culpa in contrahendo seiner Vertreter im Einzelfall fü
den Geschäftsherrn eine Härte bedeuten kann. Er mag sich noch
große Mühe geben einen unbedingt gewissenhaften Mann auszuwähle
er mag den Inhalt der Vollmacht noch so scharf umgrenzt haben; ha
delt der Vertreter in contrahendo schuldhaft, so hilft dem Geschäft
herrn alle seine Sorgfalt, alle die vorsichtigen Einschränkungen d
Vollmacht nichts, er hat weitgehend zu haften, ohne das geringst
eigene Verschulden, ohne daß ihm auch das Geringste vorzuwerfe
wäre. Das Verschuldensprinzip ist ersetzt durch den Gedanken d
Gefährdungshaftung; ist aber billigerweise ersetzt. Man wird, wen
man die Interessen des Geschäftsherrn und des Gegners gegeneinand
abwägt, als schutzwürdigeren Teil den letzteren ansehen müssen. Da
bei ist auch zu bedenken, daß der Gegner sich im Stadium der Vertrag
verhandlungen nur gegen Schaden gesichert sehen will und durch ein
Haftung des Geschäftsherrn nur gegen solchen gesichert wird. Der G
schäftsherr würde aber in der Regel, wenn er für die culpa in co
trahendo seines Vertreters nicht zu haften hätte, aus diesem Ve
schulden oftmals unberechtigten Vorteil ziehen, den er bei sorgfältige
nud redlichem Verhalten nicht erlangt hätte.

Man muß sich auch bewußt sein, daß die Verhaftung des Geschäftsherrn nur bei solchen Handlungen eintritt, die objektiv und subjektiv im Zusammenhang mit dem Vertragsschluß stehen. Nur wenn der Vertreter die in contrahendo gebotenen Rechtspflichten verletzt bzw. nicht erfüllt hat, und wenn er bei seinem schuldhaften Handeln subjektiv in einer auf den Vertragschluß hinzielenden Tätigkeit begriffen war, tritt die Haftung ein. Nicht tritt sie ein, wenn der Vertreter nur die durch die Tatsache der Vertragsverhandlungen gebotenen Gelegenheiten benützt hat, sich schuldhaft gegen den Gegner zu vergehen, ohne daß zwischen dem Vertragsschluß und diesem Vergehen ein innerer Zusammenhang bestand. Der Geschäftsherr haftet also, wenn der Vertreter schuldhaft Mängel der zu verkaufenden Sache verschweigt oder nicht vorhandene Eigenschaften zusichert. Er haftet nicht, wenn der Vertreter den Geschäftsherrn bei Gelegenheit des Vertragsschlusses bestiehlt oder in Verbindung mit der durch die Vertragsverhandlungen herbeigeführten Bekanntschaft den Gegner betrügerisch um ein Darlehen angeht.

6. Die Haftung für die culpa in contrahendo des gesetzlichen Vertreters.

Es fragt sich, ob die Interessenabwägungen, die eine unbedingte Haftung des Geschäftsherrn für die culpa in contrahendo eines gewillkürten Stellvertreters als billig erscheinen lassen, dies auch gebieten, wenn ein gesetzlicher Vertreter kontrahiert. Fest steht, daß das Schutzinteresse des Gegenkontrahenten in beiden Fällen das gleiche ist. Ihm gegenüber spielt es keine Rolle, ob die Ermächtigung des mit ihm verhandelnden Vertreters auf einer Vollmacht oder auf Gesetz beruht. Die Gefahr, durch eine culpa des Vertreters Schaden zu leiden, ist auf seiner Seite in beiden Fällen gleich groß und insofern müßte, wenn das Schutzinteresse des Gegners allein den Ausschlag geben würde, eine unbedingte Haftung des Vertretenen auch für Verschulden des gesetzlichen Vertreters in contrahendo bejaht werden. Nun ist es aber niemals so, daß das Schutzinteresse als solches schon darüber entscheidet, ob es geschützt wird oder nicht. Die objektive Schutzbedürftigkeit, die schutzwürdige Position wünscht den Schutz, eine Haftung für Verletzung. Ob diesem Wunsch nach Schutz Genüge zu tun ist, hat davon abzuhängen, ob es demjenigen, von dem eine Haftung für eine verletzende Handlung begehrt wird, zuzumuten ist, eine solche Haftung zu tragen. Unter diesem Gesichtspunkt wurde eine Haftung des Geschäftsherrn für culpa in contrahendo des gewillkürten Stellvertreters bejaht. Eine unbedingte Haftung ist ihm zumutbar, einmal weil die Arbeit des Vertreters im Interesse des Vertretenen geschah, weil der Geschäftsherr aus der Arbeitskraft des Bevollmächtigten Gewinn und Nutzen zog, sodann aber auch weil der Geschäftsherr allein es in der

Hand hatte, die Person des Vertreters auszuwählen und dessen Arbeitsfeld zubestimmen, weil es schließlich beim Geschäftsherrn stand, darüber zu entscheiden, ob er in eigener Person oder durch Vermittlung eines Stellvertreters kontrahieren wollte, und er durch die Bestellung eines Vertreters bewußt sich der Gefahr, haften zu müssen, aussetzte. Die unbedingte Haftung schien tragbar aus dem objektiven Gesichtspunkt der Nutzarbeit des Vertreters und dem subjektiven Gesichtspunkt der bewußten Bestellung durch den Vertretenen.

Diese Zumutbarkeitsgründe treffen auf das Verhältnis zwischen dem gesetzlichen Vertreter und den durch sie Vertretenen nicht stets in der gleichen Weise zu. Die gesetzlichen Vertreter juristischer Person allerdings stehen diesen genau so gegenüber wie gewillkürte Vertreter ihren Geschäftsherrn, sie sind reine Diener der egoistischen Privatinteressen der Körperschaft, welche aus ihrer Arbeit in derselben Weise Nutzen zieht wie der einzelne Geschäftsherr aus der seines einzelnen Bevollmächtigten. Der objektive Gesichtspunkt der Nutzarbeit trifft auf die gesetzlichen Vertreter der juristischen Person ohne weiteres zu, aber auch der subjektive Gesichtspunkt der bewußten Bestellung ist bei ihnen gegeben. Zwar ist die Körperschaft gezwungen, Organe zu bestellen, sonst könnte sie nicht handelnd in das Rechtsleben eingreifen, insofern ist sie selbst unfrei. Wesentlich ist aber der juristischen Person, daß sich in ihr bestimmte wirtschaftliche Interessen dritter Personen vereinigen. Sie gründen die Körperschaft mit dem Bewußtsein und dem Willen, daß diese durch das Handeln ihres gesetzlichen Vertreters im Rechtsleben tätig wird. In der Gründung einer juristischen Person liegt schon die Bestellung des gesetzlichen Vertreters enthalten. In der Freiheit der Gründung liegt die Freiheit der Bestellung. Des weiteren besteht eine volle innere Abhängigkeit des gesetzlichen Vertreters einer juristischen Person dieser gegenüber. Die Person des Vertreters wird von einer Mitglieder- bzw. Gesellschafterversammlung ausgewählt. Er ist von diesen abhängig, hat deren Weisungen zu befolgen und kann jederzeit seines Amts enthoben werden. Zwischen dem gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person und dem gewillkürten Bevollmächtigten eines einzelnen Geschäftsherrn besteht kein anderer Unterschied, als daß die Vertretungsbefugnis des Ersteren auf Gesetz, die des Letzteren auf Rechtsgeschäft beruht. Das Verhältnis zu Dritten wie das Verhältnis zu den durch sie Vertretenen ist das gleiche. Wer eine unbedingte Haftung des Vertretenen für culpa in contrahendo seines gewillkürten Vertreters bejaht, muß auch eine solche Haftung der juristischen Person für das Verschulden ihrer gesetzlichen Vertreter aussprechen.

Wenn man die Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter, Zwangsverwalter, Konkursverwalter als gesetzliche Vertreter des Erben bzw. Schuldners ansieht — eine Annahme, deren Berechtigung sehr be-

stritten ist, was aber hier dahingestellt bleiben mag —, so ist diesen gesetzlichen Vertretern gemeinsam, daß sie keineswegs dem egoistischen Nutzinteresse der durch sie Vertretenen dienen. Für die Handlungen des Testamentsvollstreckers ist allein maßgebend der letzte Wille des Erblassers. Der Nachlaßverwalter verwaltet die Erbschaft, der Zwangsverwalter das Grundstück, mehr oder weniger im Interesse der Gläubiger. Ebenso ist der Konkursverwalter nicht dem Interesse des Vertretenen untertan, ihm ist Richtschnur allein die ordnungsmäßige Abwickelung des Konkurses. Der Vertretene zieht aus dem Wirken dieser gesetzlichen Vertreter nicht den Gewinn. Der objektive Gesichtspunkt der Nutzarbeit, welcher für eine Haftung des durch gewillkürte Vertreter Vertretenen sprach, entfällt damit. Es fehlt aber auch an der Bestellung dieser gesetzlichen Vertreter durch den Vertretenen. Er entscheidet nicht darüber, ob und in welchen Fällen er durch sie vertreten wird, er umgrenzt nicht ihr Arbeitsfeld, er wählt diese Vertreter nicht aus. Von den Gründen, welche zusammengenommen für die Haftung des Geschäftsherrn bei culpa in contrahendo der durch Rechtsgeschäft ermächtigen Vertreter ins Gewicht fielen, trifft in den Fällen dieser gesetzlichen Vertreter keiner zu. Es scheint nicht zumutbar, denjenigen, den durch einen Staatsakt oder eine Bestimmung von dritter Seite die Verfügungsmacht über gewisse Vermögensstücke entzogen wird, dem ungefragt ein Vertreter vorangesetzt wird, ein Vertreter, welcher nicht die Interessen des Vertretenen sondern die Dritter wahrnimmt, diesem die Haftung dafür aufzuerlegen, daß dieser gesetzliche Vertreter bei der Anknüpfung von Rechtsbeziehungen mit voller gebotener Sorgfalt zu Werke geht. Dabei ist auch zu bedenken, daß es nicht die seltensten Fälle sein werden, in denen ein solcher Vertreter im offenen Widerspruch mit dem Willen des Vertretenen kontrahiert. Der Vertretene steht diesem Handeln machtlos gegenüber. Eine Haftung des Vertretenen für culpa in contrahendo dieser gesetzlichen Vertreter ist zu verneinen. Er haftet, soweit er durch den von einem solchen gesetzlichen Vertreter geschlossenen Vertrag verpflichtet ist, er haftet, wenn dieser gesetzliche Vertreter bei der Erfüllung einer schuldrechtlichen Verbindlichkeit des Vertretenen schuldhaft handelt, nicht aber wenn diesen in contrahendo ein Verschulden trifft.

Anders als beim Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker usw. ist das Verhältnis des Vaters, des Vormunds, des Pflegers, zu den von ihm Vertretenen. Sie haben sich bei ihren Handlungen allein vom Interesse des durch sie Vertretenen leiten zu lassen. Sie sind in dessen Interesse in dem Sinne tätig, daß sie ihn davor bewahren, daß er infolge der rechtlichen oder tatsächlichen Unmöglichkeit, seine Angelegenheiten zu besorgen, Schaden erleidet. Die Ungunst, die für das Vermögen und die Person des Mündels oder des Gebrechlichen infolge der Sorgunfähigkeit besteht, soll durch diese Vertretung ausgeglichen werden. Ihre

Arbeit ist Nutzarbeit für den Vertretenen, welchem die Vorteile aus dem Wirken dieser Vertreter unmittelbar zugute kommen. Insofern trifft der für eine Haftung des Vertretenen sprechende objektive Gesichtspunkt der Nutzarbeit auf das Verhältnis dieser gesetzlichen Vertreter zu den von ihnen Vertretenen zu. Wäre dieser allein maßgebend, dann müßte man eine Haftung des Vertretenen für ihre culpa in contrahendo bejahen. Es fehlt aber an dem Gesichtspunkt der bewußten Gefährdung durch ihre Bestellung. Das Gesetz entscheidet von sich aus allgemein darüber, wann es eine solche gesetzliche Vertretung gebietet oder zuläßt. Der Vertretene hat es, abgesehen vom Fall des § 1910 Abs. 3 nicht in der Hand, zu bestimmen, ob er in eigener Person oder durch Stellvertreter handeln will. Nicht er wählt den gesetzlichen Vertreter aus. Das Gesetz hat den Kreis der zur Vertretung berufenen Personen entweder allgemein abgegrenzt oder einer dritten befugten Person oder einer Behörde überlassen, den gesetzlichen Vertreter auszuwählen und zu bestimmen. Der Vertretene kann auch nicht den Rahmen der Vertretungsbefugnis dieser gesetzlichen Vertreter selbst festlegen, dieser wird entweder vom Gesetz allgemein bestimmt oder er wird im Einzelfall zum Beispiel bei der Pflegschaft im Sinne des § 1909 von der bestellenden Behörde abgegrenzt. Der Vertretene kann die Vertretungsbefugnis seiner gesetzlichen Vertreter auch nicht von sich aus entziehen, das Ende des Amts und damit der Vertretungsmacht ist vom Gesetz angeordnet.

Es fragt sich, ob man auf diesen subjektiven Gesichtspunkt der bewußten Gefährdungshandlung durch die Bestellung eines Vertreters nicht verzichten kann, ob man als ausschlaggebend und ausreichend die Tatsache der Nutzarbeit ansehen will, um eine unbedingte Haftung des Vertretenen für die culpa in contrahendo des Vertreters als tragbar erscheinen zu lassen. M. E. kann auf diesen subjektiven Gesichtspunkt nicht verzichtet werden. Jede Haftung muß sich auf ein subjektives Handlungselement in der Psyche des Haftenden zurückführen lassen, mag der zurückleitende Weg auch noch so weit sein. Man mag absehen von der Forderung eines Verschuldens des Haftenden selbst in dem Sinne, daß ihm aus seinem Tun ein Vorwurf gemacht werden kann. Man mag ihn für einen Schaden haften lassen, dessen Entstehung ihm nicht vorgehalten werden kann. Weshalb für einen solchen Schaden gehaftet wird, beruht aber niemals allein darauf, daß er verursacht ist. Dem ohne Vorwerfbarkeit Verursachenden wird die Haftung nur deshalb auferlegt werden können, weil er durch eine Vorhandlung die Gefahr eines solchen Schadens geschaffen hat. Wer ohne Verschulden haften soll, wird dies nur tun müssen, wenn er eine Gefährdungshandlung, aus welcher dann erst der Schaden entstehen konnte, vorgenommen hat. Wer einen Eisenbahnbetrieb unterhält, haftet für bestimmte Unglücksfälle, auch wenn er volle Sorgfalt beim Betrieb walten ließ. Die Unterhaltung des Betriebs ist die Vorhandlung, die Gefährdungs-

handlung, auf Grund welcher die Haftung zumutbar erscheint. Ohne diesen ganz fernen zurechenbaren ersten Anstoß zum Schaden könnte die Haftung nicht bejaht werden. Ebenso ist es bei der Haftung des Geschäftsherrn für die culpa in contrahendo seiner Bevollmächtigten. Die mit Bewußtsein vorgenommene Bestellung dieser ist die zurechenbare Vorhandlung, welche die Verursachung des Schadens durch den Vertreter ermöglicht. Sie ist die Gefährdungshandlung, aus der die Betriebsgefahr einer Schadenszufügung durch culpa in contrahendo der Vertreter entspringt. Wer es beginnt, den Abschluß von Geschäften durch Verwendung von Vertretern zu betreiben, dieser allein hat einzustehen für die Gefahren des Betriebs. Nicht hat der schon zu haften, dem aus einem von dritter Seite abgeschlossenen Geschäft, auf dessen Gestaltung und Inhalt ihm kein Einfluß zustand, die Vorteile zukommen. Die Tatsache allein, daß jemand etwas tut, aus dem ihm Gewinn zufließt, kann ihm nicht schon die Haftung für seine Sorgfalt bei seinem Tun auferlegen. Um eine Haftung des Vertretenen für culpa in contrahendo des Vertreters bejahen zu können, dazu muß sowohl die Tatsache der Nutzarbeit des Vertreters wie auch die bewußte Bestellung seitens des Vertretenen zu seiner Arbeit gegeben sein.

Da auf die gesetzliche Vertretung durch Vater, Vormund, Pfleger, dieser subjektive Gesichtspunkt der bewußten Bestellung durch den Vertretenen nicht zutrifft, ist eine Haftung des Vertretenen für ihr vorkontraktliches Verschulden zu verneinen. Auf eine solche Ablehnung weist auch zwingend der Umstand hin, daß diese gesetzlichen Vertreter einer Überwachung von dritter Seite unterliegen. Zahlreiche wichtige Rechtsgeschäfte dieser Vertreter bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung durch einen Gegenvormund oder das Vormundschaftsgericht. Diese sollen nachprüfen, ob der materielle Inhalt des Vertrags nicht ungünstig für das Vermögen des Mündels sein würde. Wäre dies der Fall, so müßte die Genehmigung versagt werden. Dies soll bedeuten, daß damit die Verhaftung des Vertretenen vermieden wäre. Der Gedanke des Schutzes der Interessen des Vertretenen durch Aufstellung des Genehmigungserfordernisses in den wichtigeren Fällen setzt voraus, daß dieser nur haftet für den vom gesetzlichen Vertreter innerhalb des Rahmens seiner Vertretungsbefugnis geschaffenen Vertragsinhalt. Würde er für sonstige Erklärungen des gesetzlichen Vertreters mit seinem Vermögen haften, die jener bei den auf einen solchen Vertrag hinzielenden Verhandlungen oder beim Abschluß des Vertrags abgegeben hat, ohne daß sie Inhalt des Vertrags geworden sind, oder würde er für dessen sonstiges vorvertragliches mit dem Vertragschluß zusammenhängendes schuldhaftes Verhalten einzustehen haben, so würde praktisch das Erfordernis einer solchen Genehmigung des Vertrags durch den Gegenvormund oder das Vormundschaftsgericht keinen Schutz des Vertretenen bedeuten. Der Vormundschaftsrichter

könnte noch so sorgfältig den vom Vormund geschlossenen Vertra
überprüfen, um den Mündel von einer nachteiligen Verhaftung z
sichern; alle seine Schutzarbeit wäre aber hinfällig, wenn der Gegne
später behaupten könnte: Der Vormund hat mir außervertraglic
falsche Vorspiegelungen über die Mietseinnahmen des von mir gekauf
ten Hauses gemacht; im Vertrag steht zwar nichts davon, aber trotzden
kann ich vom Mündel Ersatz des mir durch die falsche Vorspiegelun
erwachsenen Schadens verlangen. Der Sinn dieser Genehmigungs
erfordernis in den gesetzlich bestimmten Fällen verlangt es, eine Haf
tung des Mündels für die Handlungen und Erklärungen des Vormunds
für welche im Vertrag nicht ausdrücklich eine Haftung übernomme
wurde, abzulehnen. Wenn aber in diesen Fällen einer notwendigen Ge
nehmigung eine Haftung des Vertretenen für die culpa in contrahend
dieser gesetzlichen Vertreter abgelehnt wird, dann muß dies auch fü
die nach Ansicht des Gesetzes minder wichtigen Fällen gelten, wo ein
solche Genehmigung durch Gegenvormund oder Vormundschaftsgerich
nicht notwendig ist. Hier eine Trennung zu ziehen, wäre willkürlich
§ 463 S. 2 gebietet bei einer Arglist des Vaters, Vormunds oder Pfleger
keine Ausnahme von der Nicht-Haftung des Vertretenen. Der mate
rielle Gehalt der Bestimmung sagt nichts darüber, inwieweit für ein
Arglist des den Vertrag schließenden Vertreters zu haften sei: § 463 S.
hat nur die Haftung des in eigener Person Kontrahierenden im Auge
dieser wird bestraft für seine Arglist. Die Fiktion der in § 463 S. 2 aus
gesprochenen Strafhaftung auf das Erfüllungsinteresse als einer Haf
tung aus Vertrag darf, wie später in § 12 ausgeführt wird, nicht dazu
verleiten, eine Haftung des Vertretenen für die Arglist des Vertreter
zu bejahen.

Von dem hier eingenommenen Standpunkt aus hängt die Befriedi
gung des auf eine Verhaftung des Vertretenen hinzielenden Schutz
interesses des Gegners davon ab, ob der Vertreter beim Vertragsschlu
ein Vater, Vormund, Pfleger, Konkursverwalter, Testamentsvollstrecke
usw. ist, oder ob er als gewillkürter Vertreter oder als gesetzlicher Ver
treter einer juristischen Person handelt. Diese Feststellung, daß die be
sondere Eigenart der Vertretungsgrundlage darüber verschieden ent
scheidet, ob der Gegner gegen culpa in contrahendo durch Verhaftung
des Vertretenen Schutz genießt, ohne daß ihm eine wirksame Schutz
möglichkeit gegen die culpa in contrahendo zur Verfügung steht, er
scheint erträglich, wenn man darauf hinweist, daß jeder, der mit einen
Menschen Vertragsverhandlungen führt und damit Gefahr läuft, durch
das Verhalten des andern Teils Schaden zu leiden, das Risiko hinsicht
lich der Geschäftsfähigkeit bzw. Schuldfähigkeit des andern Teils trägt
Es erscheint unzumutbar, den nicht voll Geschäftsfähigen bzw. den
nicht Schuldfähigen aus seinem Tun zu verhaften. Sein Interesse geh
dem Interesse des mit ihm Kontrahierenden bzw. durch ihn Geschädig

ten vor. In der gleichen Weise ist in den hier erwähnten Fällen der gesetzlichen Vertretung dem Interesse des Vertretenen, das auf eine ablehnende Haftung für culpa in contrahendo dieser gesetzlichen Vertreter geht, der Vorzug zu geben vor dem Schutzinteresse des Gegenkontrahenten.

Die grundsätzliche Ablehnung einer Haftung des Vertretenen für die culpa in contrahendo dieser gesetzlichen Vertreter mag es unter Umständen mit sich bringen, daß der Vertretene aus ihrer culpa einen gewissen Vorteil zieht, z. B. wenn der Vormund durch außervertragliche falsche Vorspiegelungen einer Eigenschaft den Kaufpreis der zu verkaufenden Sache in die Höhe getrieben hat. Der Betrogene kann anfechten; wenn aber die Anfechtungsfrist verstrichen ist, muß er am Vertrag festhalten und dem Mündel den hohen Kaufpreis bezahlen. Geppert (die Arglist des Verkäufers beim Vertragsschluß, R. 15, 264) will einem solchen Ergebnis entgegentreten und dem Betrogenen gegen den Mündel einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gewähren. Es liege eine solche Bereicherung des Mündels vor, wenn er aus der unerlaubten Handlung des Vormundes einen Vorteil gezogen habe. Das durch eine unerlaubte Handlung des Vormunds Erworbene könne nicht als mit rechtlichem Grund erlangt angesehen werden. Der Mündel hafte nach § 812 auf Minderung des Kaufpreises um den Betrag, den er durch den Betrug des Vormunds erlangt hätte. Die Ansicht Gepperts wird zu großen Schwierigkeiten führen, weil im Einzelfall es in der Regel sehr schwer sein wird, festzustellen, wie groß gerade der durch den Betrug erlangte Vorteil des Mündels ist. Die Ansicht ist aber, auch wenn man von dieser praktischen Schwierigkeit absieht, deshalb abzulehnen, weil ein solcher Vorteil insolange als mit rechtlichem Grund erlangt anzusehen ist, als der vom Vormund geschlossene Vertrag zu Recht besteht. Denn nicht auf der unerlaubten Handlung, nicht auf der arglistigen Vorspiegelung beruht der Anspruch des Mündels auf Bezahlung des Kaufpreises. Rechtliche causa seines Anspruchs ist der infolge der Täuschung geschlossene Vertrag. Solange dieser zu Recht besteht und nicht angefochten ist, kann von der Erlangung eines Vermögensvorteils des Mündels ohne rechtlichen Grund nicht die Rede sein. Man muß sich hüten, vor der Verwechslung eines „rechtlichen Grundes" im juristischen Sinn mit einem „Grund" im Billigkeitssinn. Ein juristisch mit rechtlichem Grund erlangter Vermögensvorteil kann immer noch ein unbilliger sein, ebenso wie ein billiger Vermögensvorteil ein juristisch unrechtmäßiger sein kann. Billigkeitsforderung und juristische causa haben nichts miteinander zu tun. Eine Haftung des Mündels aus § 812 ist also zu verneinen. Soweit der Gegner kein Anfechtungsrecht besitzt, muß er an dem Vertrag festhalten und ihn erfüllen, wie er abgeschlossen ist. Hat der gesetzliche Vertreter deliktisch im Sinne der §§ 823 und 826 gehandelt, so kann der

Gegner sich an diesen halten. Irgend welche Ansprüche gegen den Vertretenen sind ihm nicht zuzubilligen.

Zu dem Kreis der gesetzlichen Vertreter mit Verpflichtungsbefugnis gehört auch die Ehefrau, sofern sie auf Grund des § 1357 innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises Rechtsgeschäfte mit Wirkung für und gegen ihren Ehemann abschließt. In diesem Fall der gesetzlichen Vertretung ist eine Haftung des Ehemanns für culpa in contrahendo seiner Ehefrau zu bejahen. Der objektive Gesichtspunkt der Nutzarbeit liegt vor. Der Zweck dieser ehefraulichen Schlüsselgewalt ist die Förderung und Besorgung der Geschäfte der ehelichen Haushaltung; ihre Erledigung und das Funktionieren der Haushaltung liegt wesentlich im Interesse des Ehemanns. Es fehlt an sich der subjektive Gesichtspunkt der bewußten Bestellung; man kann aber vielleicht sagen, eine gewisse gefährdende Vorhandlung, welche dem Mann zuzurechnen ist, liegt im Abschluß einer Ehe mit einem Mädchen, dessen Charakter und Hausfrauentugenden zu erforschen Pflicht des Heiratenden war. Er riskiert die Ehe mit einer bestimmten Frau, ihm darf deshalb auch das Risiko ihrer Sorgfalt beim Abschluß von Geschäften innerhalb des Rahmens ihrer Schlüsselgewalt zur Last gelegt werden. Zudem hat der Ehemann es ja jederzeit in der Hand, im Sinne des § 1357 die Schlüsselgewalt der Ehefrau zu beschränken oder zu beseitigen. Tut er dies trotz gewichtiger Gründe nicht, so mag in dieser Unterlassung ein weiteres subjektives Element gefunden werden, welches seine Haftung für culpa in contrahendo der Ehefrau als zumutbar erscheinen läßt.

7. Der Umfang der Schadensersatzpflicht.

Die Entscheidung, daß der Vertretene für die culpa in contrahendo der Vertreter zu haften habe, bedeutet soviel, daß er den Schaden ersetzen muß, den der Gegner durch deren vorvertragliche culpa erlitten hat. Für diese Verpflichtung zum Schadensersatz gilt die Bestimmung des § 249, wonach der Zustand herzustellen ist, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Wie hoch dieser Schadensersatzanspruch im Einzelfall sein wird, ist eine Frage des Kausalzusammenhangs. Soweit der Vertreter z. B. Anzeigepflichten nicht erfüllt hat, wird der Gegner in die Lage versetzt, die bestehen würde, wenn der Vertreter angezeigt hätte; dann hätte der Gegner aber den Vertrag nicht oder nicht zu den gleichen Bedingungen abgeschlossen. Der Schaden, der ihm durch den Vertragsschluß erwachsen ist, muß ihm ersetzt werden. Auf dieses Vertrauensinteresse ist sein Anspruch gerichtet; ebenso wird es sein, wenn der Gegner durch positive Vorspiegelungen getäuscht wurde. Nicht kann er verlangen, so gestellt zu werden, als wären die vorgespiegelten Eigenschaften z. B. vorhanden, denn diesen Anspruch hätte er ohne die

Täuschung des Vertreters nicht gehabt, sondern dann wäre, wie gesagt, nicht dieser Vertrag mit diesem Inhalt zustandegekommen. Ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse wird dem Gegner nur zustehen, wenn er ohne die culpa einen Leistungsanspruch aus dem Vertrag erworben hätte, z. B. wenn dem Vertreter eine auf eine Offerte hin erklärte Annahme infolge eines Verschuldens des Vertreters nicht innerhalb der in der Offerte angegebenen Bindungsfrist zugegangen ist. Hätte der Vertreter nicht schuldhaft den rechtzeitigen Zugang der Annahme verhindert, dann wäre der Vertrag zustandegekommen. Der Gegner hätte einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse gehabt. Durch die culpa des Vertreters wurde das Zustandekommen des Vertrags verhindert. Der dem Gegner erwachsene Schaden ist der Entgang des Erfüllungsanspruchs. Hier führt der Gedanke des § 249 dazu, daß der Geschäftsherr dem Gegner das Erfüllungsinteresse ersetzen muß auf Grund seiner Haftung für die culpa in contrahendo des Vertreters.

§ 12.

Konstruktionsfragen.

Das Reichsgericht hat seine Ansicht, daß für die culpa in contrahendo des gewillkürten Vertreters unbedingt zu haften sei, konstruktiv auf die Bestimmung des § 278 gestützt. Es glaubt, zu dem wünschenswerten Ergebnis nur kommen zu können, wenn es die vor Vertragsschluß bestehenden Pflichten als schuldrechtliche konstruiert und den Vertreter als Erfüllungsgehilfen des Geschäftsherrn bei der Erfüllung dieser schuldrechtlichen Pflichten ansieht. Würde ein Verstoß gegen vorvertragliche Sorgfaltspflichten als unerlaubte Handlung angesehen werden, so, glaubt das Reichsgericht, könne eine unbedingte Verhaftung des Geschäftsherrn nicht eintreten. Ihm stünde stets die Entschuldigungsmöglichkeit des § 831 offen. Von dieser konstruktiven Ausdeutung der vorvertraglichen Pflichten hatten schon die Motive die Entscheidung der Frage, ob für culpa in contrahendo des Vertreters zu haften sei, abhängig gemacht (vgl. Motive zum E. I. Bd. I S. 29 ff.): „Der Entwurf entscheidet auch die Frage nicht, ob es sich im Falle eines vom Vertreter bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts begangenen Betrugs oder sonstigen Verschuldens um Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten oder um deliktsmäßige Haftung handelt." Die Praxis hatte sonach freie Hand und das Reichsgericht hat die Frage in dem Sinne entschieden, daß die vor Vertragsschluß bestehenden Rechtspflichten schuldrechtliche seien und hat damit eine konstruktive Begründung der Verhaftung des Geschäftsherrn für die culpa in contrahendo seines Stellvertreters erreicht.

Wir haben gesehen, daß die Haftung des Geschäftsherrn für die culpa in contrahendo seines Vertreters juristisch nichts mit der Haf-

tung zu tun hat, die aus dem vom Vertreter geschlossenen Vertrag für den Geschäftsherrn folgt. Der Geschäftsherr haftet auf Grund der Vertretungsbefugnis des Vertreters, soweit der Gegner Ansprüche aus dem Vertrag auf Leistung oder Schadensersatz wegen Nichtleistung geltend macht. Gleichgültig bleibt, ob der Vertreter die vertragliche Pflicht schuldhaft übernommen hat. Stellt die Übernahme einer solchen Pflicht durch den Vertreter zugleich einen Verstoß gegen vorvertragliche Pflichten dar, so kann die Haftung des Geschäftsherrn aus dem vom Vertreter geschlossenen Vertrag sachlich zu einer Haftung für die culpa in contrahendo des Vertreters führen. Soweit der Gegner sich aber nicht auf die Ansprüche aus dem Vertrag beruft, sondern Ansprüche aus der culpa in contrahendo des Vertreters herleitet, ist Rechtsgrund der Haftung des Geschäftsherrn nicht seine vertragliche Verpflichtung, die durch den vom Vertreter innerhalb des Rahmens seiner Vollmacht getätigten Vertragsschluß gegründet wurde. Der Geschäftsherr haftet für den Anspruch des Gegners aus der culpa in contrahendo des Vertreters, weil er den Vertreter als seinen Gehilfen bei den Vertragsverhandlungen und dem Vertragsschluß verwandte. Die Vollmacht des Vertreters kann keine Haftung des Geschäftsherrn begründen für einen Anspruch, der auf die culpa des Vertreters gestützt wird.

In einem bestimmten Einzelfall hat das Reichsgericht eine Haftung des Vertretenen für eine culpa des Vertreters, die nicht in der schuldhaften Übernahme von Vertragspflichten besteht, unter dem Gesichtspunkte der Haftung aus dem Vertrag bejaht. RGE. 85, 241 ff. hat, wie wir gesehen haben, den Geschäftsherrn für die arglistige Vorspiegelung einer Eigenschaft der zu verkaufenden Sache durch den Vertreter auf Grund der analogen Anwendung des § 463 Satz 2 dem Gegner auf das Erfüllungsinteresse verhaftet; und zwar soll der Geschäftsherr für die Arglist des Vertreters haften, weil der Vertreter zum Abschluß der Vertrags Vollmacht hatte und der Anspruch aus § 463 Satz 2 als Anspruch aus dem Vertrag konstruiert ist und der Geschäftsherr für alle Ansprüche aus dem Vertrag unbedingt einzustehen hat. Aus dem Gedanken der Stellvertretung soll diese Haftung des Geschäftsherrn folgen. Dem Ergebnis und der Konstruktion dieser Entscheidung ist nicht beizutreten. Wer arglistig Mängel der zu verkaufenden Sache verschweigt, oder Eigenschaften arglistig vorspiegelt, verstößt gegen vorvertragliche Pflichten, handelt dolos in contrahendo. Als eine Haftung wegen Verletzung solcher vorvertraglicher Pflichten hat das Reichsgericht die Haftung aus § 463 Satz 2 stets aufgefaßt. Vgl. z. B. RGE. 66, 87: „Der in § 463 Satz 2 anerkannte Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus arglistigem Verschweigen eines Fehlers der Kaufsache ist in seinem vollen Umfange ein vertraglicher. Der Arglist bei dem Vertragsschluß — dolus in contrahendo — sind unter den dort gegebenen Voraussetzungen die gleichen vertraglichen Wirkungen beige-

legt, die der Arglist in der Erfüllung des Vertrags allgemein zuerkannt sind." Ebenso RGE. 95, 58: „Auch bei gültigen Verträgen hat das BGB. in § 463 Satz 2, § 694, eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß anerkannt." Der Gedanke des § 249 müßte dazu führen, daß der schuldhaft Handelnde dem getäuschten Gegner den ihm durch das Schließen eines solchen Vertrags erwachsenen Schaden ersetzen müßte. Hätte der eine Teil nicht arglistig verschwiegen oder vorgespiegelt, so hätte der andere sich nicht auf diesen Vertrag mit diesem Inhalt eingelassen. Keineswegs hätte er ohne die Arglist des einen Teils einen Anspruch auf Leistung der Sache in mangelfreiem Zustande oder mit den vorgespiegelten Eigenschaften gehabt. § 463 Satz 2 gebietet nun eine Haftung des arglistigen Teils auf das Erfüllungsinteresse. Eine solche Haftung bedeutet materiell in der Regel eine viel stärkere Belastung des schuldigen Teils. Der durch das Abschließen des Vertrags erwachsene Schaden wird häufig ersetzt sein, wenn der Gegner vom Vertrag loskommt und seine Unkosten und sonstigen Aufwendungen, die er im Hinblick auf das Geschäft gemacht hat, ersetzt erhält. Das Erfüllungsinteresse wird oft viel weiter gehen. Alle die subjektiven Vorteilsmomente, die sich aus der Geschäftslage des Geschädigten ergeben, sind zu berücksichtigen. Eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse liegt außerhalb des Gedankens des § 249. Es besteht ein Kausalzusammenhang zwischen der Arglist und der Schädigung durch den Vertragsschluß, aber kein Kausalzusammenhang zwischen der Arglist und einem Schaden durch Schlecht- oder Nichtleistung. Die Bestimmung des § 463 Satz 2 ist wie Planck (Komm. 4. Aufl. Anm. 8 zu § 463) sich ausdrückt, eine Sondervorschrift, die in Wahrheit zu einer Privatstrafe führt. Darauf weisen auch die Ausführungen der Motive z. E. I zu § 463 Satz 2 hin (vgl. Bd. II § 385 S. 229). Die Vorschrift des § 463 Satz 2 verpflichtet zu einer weitergehenden Haftung, als es durch das Schutzinteresse des Gegners gefordert wird. Der arglistig Handelnde hat nicht den durch seine Arglist dem Gegner zugefügten Schaden zu ersetzen, er wird wegen seines bösen Tuns mit einer Haftung auf das Erfüllungsinteresse bestraft, indem der Anspruch des Gegners als solcher aus dem Vertrag fingiert wird. Die Fiktion geht dahin, als hätte der arglistig Verschweigende die Abwesenheit des Mangels vertraglich garantiert und — dies durch Analogieschluß aus § 463 Satz 2 — als hätte der außervertraglich eine Eigenschaft Vorspiegelnde das Vorhandensein der Eigenschaft vertraglich zugesichert.

Aus welchen Gründen man immer eine solche Bestrafung des arglistig Verschweigenden oder Vorspiegelnden für gerechtfertigt halten mag, keine wird eine solche Bestrafung des Geschäftsherrn für eine arglistige Handlung gebieten, die nicht ihm, sondern seinem Bevollmächtigten zur Last fällt. Man kann dem Geschäftsherrn die Haftung für den durch den Vertreter dem Gegner zugefügten Schaden auf-

erlegen, man kann ihn aber nicht mit einer Strafhaftung belasten fü
ein arglistiges Tun, das gar nicht von ihm ausging. Man müßte ihn den
gerade deshalb bestrafen wollen, weil er zum Kontrahieren einen Ve
treter verwandt hat. Daß dieser Gedanke widersinnig wäre, bedar
keiner weiteren Erklärung. Man kann für eigenes Verschulden hafte
man kann für eigenes Verschulden bestraft werden, man kann fü
fremdes Verschulden haften, man kann aber für fremdes Verschulde
an dem man sich nicht beteiligt hat, nicht bestraft werden. Die kon
struktive Begründung der Strafhaftung des arglistig Handelnden au
das Erfüllungsinteresse als Haftung aus dem Vertrag darf nicht z
einer Erweiterung des sachlichen Gehalts der Bestimmung führen. E
ist ein rein formaler Gedanke, der sagt, die Haftung aus § 463 Satz
wird als Haftung aus Verletzung einer Vertragspflicht konstruier
also haftet der durch den Vertrag Verpflichtete im Rahmen des § 46
Satz 2 gleichgültig, ob ihm die Arglist selbst zur Last fällt oder eine
von ihm gewählten Bevollmächtigten. Ein Eingehen auf das Warum
der Haftung ist damit vermieden, aber damit ist auch ein nicht zu bi
ligendes Ergebnis erreicht.

Die Haftung des Geschäftsherrn auf das Erfüllungsinteresse, wen
sein Vertreter arglistig Mängel der zu verkaufenden Sache verschwie
oder arglistig nicht vorhandene Eigenschaften vorspiegelte, ist abzu
lehnen. Ihn trifft nicht das fremde Verschulden wie ein eigenes, er dar
nicht für fremde Arglist bestraft werden. Er hat allein den durch da
arglistige Handeln seines Vertreters dem Gegner entstandenen Schade
unbedingt zu ersetzen und zwar in dem durch § 249 bestimmten Um
fang. § 463 Satz 2 bedeutet für den in eigener Person Kontrahierende
eine Verhaftung für seine Arglist über den Rahmen des § 249 hinau
nicht aber darf dies dazu führen, den durch Vertreter Kontrahierende
hinsichtlich der Arglist des Vertreters über diesen Rahmen des § 2
hinaus zu verhaften. Es darf aus § 463 Satz 2 nicht in Verbindung m
der Vertretungsbefugnis des Vertreters eine weitergehende Haftun
des Geschäftsherrn gefolgert werden als sie allgemein bezüglich de
culpa in contrahendo der Vertreter besteht. Wir halten eine allgemein
Haftung des Geschäftsherrn für billig. Wir haben gesehen, daß da
Reichsgericht sich zur allgemeinen Bejahung einer solchen Haftung au
geschwungen hat, daß es seine Ansicht konstruktiv auf die Anwendbar
keit des § 278 stützt. Auch in dem der E. 83, 241 zugrunde liegende
Fall wäre es richtig im Sinne dieser allgemeinen reichsgerichtliche
Ansicht gewesen, eine Haftung für die Arglist des Bevollmächtigte
nach § 278 in dem durch § 249 bestimmten Umfang zu bejahen. Al
hätte der Geschäftsherr dem Gegner den Schaden ersetzen müsse
welcher diesem dadurch erwuchs, daß er auf die Vorspiegelungen de
Vertreters vertrauend, den Vertrag schloß. Nicht aber hätte der Ge
schäftsherr dem Gegner auf das Erfüllungsinteresse haften müssen.

Das Reichsgericht hat die vorvertraglichen Pflichten als schuldrechtliche konstruieren müssen, um § 278 anwenden zu können. Es fragt sich, ob diese Konstruktion richtig ist. Daß sie dem Reichsgericht nicht ganz leicht gefallen ist, läßt sich daraus erkennen, daß es ursprünglich glaubte, man müsse ein vorvertragliches vertragsähnliches Rechtsverhältnis annehmen, wenn man den Geschäftsherrn im Sinne des § 278 verhaften wolle (vgl. die oben zitierte RGE. 78, 239). Wenn schon vor Vertragsschluß zwischen den Parteien Beziehungen bestehen, welche den Bestimmungen über die vertraglichen Pflichten und Rechte unterliegen, dann bereitet allerdings die Anwendbarkeit des § 278 keine Schwierigkeit. Das Reichsgericht ist nun nicht so kühn, zu behaupten, es bestehe vor Vertragsschluß schon ein Vertragsverhältnis; es soll nur ein vertragsähnliches Rechtsverhältnis existieren, auf das aber die vertraglichen Bestimmungen Anwendung finden. Es fällt schon sehr schwer, festzustellen, worin der Unterschied zwischen einem vertraglichen und einem vertragsähnlichen Rechtsverhältnis zu finden sein soll. Jede Haftung, die auf dem Gedanken eines Vertrags beruht, setzt den Willen zur Schaffung einer Verpflichtung bzw. zum Erwerb einer Berechtigung bei beiden Parteien und das Zustandekommen einer Einigung hierüber voraus. Diese Einigung kann stillschweigend geschehen. Sie kann aus einem tatsächlichen Handeln der Parteien entnommen werden. Auch der Verpflichtungswille braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, er kann in einem konkludenten Verhalten sich zeigen. Man könnte nun vielleicht ein vertragsähnliches Rechtsverhältnis im Unterschied von einem vertraglichen in der Weise annehmen, daß man sagt: Es liegt ein Verhalten einer Partei vor, dem zwar nicht der Wille, sich zu verpflichten, zugrunde liegt, aus welchem aber jeder vernünftige Mensch den Eindruck gewinnen muß, als liege in diesem Verhalten der Wille zur Schaffung einer Verpflichtung notwendig enthalten. Dann wird im Interesse dessen, gegen den das Verhalten des Handelnden gerichtet war, ein Verpflichtungswille und die Erklärung dieses Willens fingiert; und wenn nun ein Verhalten des andern Teils vorliegt, aus welchem die Annahme einer Erklärung eines solchen Verpflichtungswillens geschlossen werden könnte, dann besteht zwischen den Parteien ein vertragsähnliches Rechtsverhältnis, aus dem eine Haftung wie auf Grund eines tatsächlichen Vertragsschlusses eintritt. Man müßte also, wenn man dies auf die Frage der culpa-in-contrahendo-Haftung anwendet, sagen: Die Tatsache, daß ich mich in Vertragsverhandlungen über den Verkauf einer bestimmten Sache einlasse, bringt unzweideutig für meine Gegner zum Ausdruck, es liege auf meiner Seite ein Wille vor, alle möglichen Sorgfaltspflichten zu erfüllen und für deren Erfüllung einzustehen. Im Vertrauen auf diesen meinen „zum Ausdruck gebrachten" Willen soll sich der Gegner dann an den Vertragsverhandlungen beteiligt haben. Ich hafte bei einer Verletzung dieser Sorgfalts-

pflichten nach den Bestimmungen über den Vertrag, gleichgültig, ob ich einen Verpflichtungswillen hatte oder nicht. Es genügte, daß aus meiner Anknüpfung von Vertragsverhandlungen der Gegner mit Notwendigkeit auf einen solchen Willen meinerseits schließen mußte. Die Konstruktion eines derartigen vertragsähnlichen Rechtsverhältnisses dürfte aber bezüglich des culpa-in-contrahendo-Problems sicher nicht richtig sein. Die Anknüpfung von Vertragsverhandlungen als solche bringt keineswegs einen Willen des Anknüpfenden zum Ausdruck, alle möglichen Sorgfaltspflichten vor Vertragsschluß zu erfüllen. Der Anknüpfende ist weit davon entfernt, dadurch sich für irgend etwas verpflichten zu wollen, und nicht im geringsten kann der Gegner aus dieser Tatsache der Anknüpfung von Vertragsverhandlungen an sich auf einen solchen Verpflichtungswillen schließen. Der Gegner kann wohl einen solchen Verpflichtungswillen und eine Verpflichtungserklärung auf der Seite des Anknüpfenden wünschen; dafür, daß ein solcher Wille vorhanden und in der Anknüpfungsverhandlung erklärt ist, besteht für ihn kein Anhalt.

Entweder besteht zwischen den Parteien ein regelrechter Vorvertrag, auf Grund dessen sie für eine Verletzung bestimmter Sorgfaltspflichten bei den zu führenden Verhandlungen über den späteren Abschluß des Hauptvertrags zu haften haben, oder es liegt ein solcher Vertrag nicht vor; dann aber kann bei einem schuldhaften Verhalten in contrahendo eine Haftung nicht auf die Verletzung einer durch ein vertragliches oder vertragsähnliches Rechtsverhältnis gebotenen Sorgfaltspflicht gestützt werden. Ein vor Vertragsschluß bestehendes gegenseitiges Vertrauensverhältnis, eine durch das Vertragsverhandeln geschaffene Annäherung der geschäftlichen Beziehungen der Parteien, wie überhaupt die Tatsache der Anknüpfung von Vertragsverhandlungen an sich, mag eine Haftung für Verschulden der Gehilfen als billig erscheinen lassen. Eine Grundlage zur Konstruktion eines vorbereitenden Rechtsverhältnisses als Rechtsgrund der Haftung ist damit noch nicht gegeben. Die Ausführungen in RGE. 78, 239: Dadurch, daß der Warenhausbesucher den Verkäufer um Vorlegung eines Teppichs zu Kaufzwecken ersucht und daß der Verkäufer diesem Ersuchen nachkam, sei ein den Verkauf vorbereitendes Rechtsverhältnis entstanden, das einen vertragsähnlichen Charakter trage und rechtsgeschäftliche Sorgfaltspflichten erzeugt habe, sind vollkommen willkürlich und bedeuten nichts anderes als eine Fiktion, die juristisch nicht zu rechtfertigen ist. Der Entscheidung lag der sehr richtige Gedanke zugrunde, der Geschäftsherr müsse für ein Verschulden des Verkäufers unbedingt haften. Das Reichsgericht glaubte zu diesem Ergebnis nicht anders als durch die Annahme eines vorbereitenden Rechtsverhältnisses kommen zu dürfen. Die Entscheidung ist billig, die Begründung aber unglücklich.

Das Reichsgericht hat auch in den späteren Entscheidungen, die ein

unbedingte Haftung des Geschäftsherrn für die culpa in contrahendo des Bevollmächtigten bejahen, sich auf § 278 berufen, ohne daß es glaubte, ein vorvertragliches Rechtsverhältnis annehmen zu müssen. Es wies einfach auf den Gedanken des § 278 hin. Wenn schon bei den Vertragsverhandlungen gewisse Sorgfaltspflichten bestehen, deren Verletzung die Parteien haftbar machen, dann entspreche es dem Sinne und Zweck des § 278, daß die Partei nicht nur für ihre eigene culpa, sondern auch für die culpa der Leute, durch welche sie die Vertragsverhandlungen führen läßt, unbedingt hafte. Die Entscheidung in J. W. 1915, 240 verweist auf Planck (Komm. 4. Aufl. Anm. 1 a zu § 278) der allgemein formuliert: „Die Ansicht, daß sich § 278 nicht auf ein Verschulden beim Vertragsschluß beziehe, trifft nur insoweit zu, wie die Parteien einander beim Vertragsschluß noch zu gar nichts verpflichtet sind, dagegen nicht, wenn auch abgesehen vom Fall eines Vorvertrags schon im Stadium der Vertragsverhandlungen gewisse Verpflichtungen namentlich zur Erhaltung und zur Anzeige bestehen." Diese allgemeine Formulierung, daß, soweit zwischen den Parteien vor Vertragsschluß Sorgfaltspflichten bestehen, der Geschäftsherr, wenn er in contrahendo fremde Hilfe verwende, auf Grund des § 278 für die schuldhafte Nichterfüllung der vorvertraglichen Sorgfaltspflichten durch diese zu haften habe, scheint mir jedoch nicht möglich zu sein. Es ist nicht richtig, diese billige Entscheidung konstruktiv auf § 278 zu stützen. Die vorvertraglichen Sorgfaltspflichten entspringen der durch die Anknüpfung von Vertragsverhandlungen begründeten Annäherung der wirtschaftlichen Interessen der Kontrahenten. Rechtsgrund für diese Pflichten ist das Gesetz, bzw. das durch die Rechtsprechung in dieser Lage geschaffene Gewohnheitsrecht. Rechtsgrund ist nicht ein vertragliches oder vertragsähnliches vorbereitendes Rechtsverhältnis. Es ist gleichgültig, ob diese Pflichten dem Willen der damit belasteten Partei entsprechen oder nicht. Wer Vertragsverhandlungen anknüpft, den treffen vorvertragliche Sorgfaltspflichten, gleichgültig ob er es wünscht oder nicht. Das Gesetz bzw. das Gewohnheitsrecht hat die Schranken des in contrahendo Erlaubten und den Rahmen des in contrahendo Gebotenen von sich aus abgegrenzt. Aus der Tatsache aber, daß durch das Gesetz bzw. das Gewohnheitsrecht jemandem eine Pflicht zu einem gewissen Tun oder Unterlassen auferlegt wird, folgt noch nicht allein, daß dieser dann für ein Verschulden eines Gehilfen bei der Vornahme einer Handlung, welche die Verletzung einer solchen Pflicht in sich schließt, im strengen Rahmen des § 278 haftet. Das Gesetz legt seinen Rechtsunterworfenen zahlreiche allgemeine Rechtspflichten auf, wie die Achtung fremden Lebens, fremden Eigentums, Achtung der Freiheit des andern, ohne daß man aber für ein Verschulden eines Gehilfen, der bei der Ausführung eines Auftrags diese geschützte Rechtssphäre Dritter verletzt, im Rahmen des § 278 haftete. § 836 legt dem Besitzer eines Gebäudes eine

Pflicht zur sorgfältigen Unterhaltung auf, um Dritte vor Einsturzgefahren zu behüten. Überläßt der Besitzer die Unterhaltung einem Dritten, so haftet er für dessen Verschulden keineswegs unbedingt. Ihm steht aus § 836 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 831 eine Exkulpationsmöglichkeit offen. Ebenso steht es im Fall des § 833 Satz 2 bezüglich der Haftung des Tierhalters.

Die Anwendung des § 278 setzt die Verletzung schuldrechtlicher Pflichten voraus, setzt voraus, daß jemand, sei es auf Grund Vertrags oder auf Grund Gesetzes, zu einer bestimmten Leistung oder zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verpflichtet ist und daß er um diese ihm obliegende Leistung zu bewirken, nicht selbst tätig wird, sondern einen Dritten als Gehilfen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten verwendet. Nur wenn eine schuldrechtliche Verbindlichkeit besteht und wenn gehandelt wird, um diese Verbindlichkeit zu erfüllen, dann ist der Maßstab des § 278 maßgebend. Daß die vorvertraglichen Pflichten nicht aus einem vorbereitenden Rechtsverhältnis hervorgehen, haben wir gesehen, daß sie nicht aus dem Hauptvertrag hervorgehen können, haben wir auch gesehen; schon aus dem Grunde ist dies unmöglich, weil für culpa in contrahendo auch gehaftet wird, wenn der beabsichtigte Vertragsschluß nicht zustande kommt. Wir müssen davon ausgehen, daß die in contrahendo zu erfüllenden Sorgfaltspflichten auf Gesetz bzw. dem Gesetz gleichstehenden Gewohnheitsrecht beruhen. Es müßten also diese vorvertraglichen Pflichten als durch Gesetz bzw. Gewohnheitsrecht geschaffene schuldrechtliche Verbindlichkeiten des einen Kontrahenten zugunsten des andern angesehen werden.

Das Wesen der schuldrechtlichen Verbindlichkeit besteht darin, daß der Schuldner zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet und der Gläubiger berechtigt ist, vom Schuldner eine Leistung zu fordern (§ 241). Der Gläubiger kann verlangen, daß der Schuldner die schuldrechtliche Verbindlichkeit erfüllt, die durch den Inhalt der Obligation bestimmte Handlung vornimmt oder einer bestimmten Unterlassungspflicht nicht zuwiderhandelt. Begrifflich erschöpft sich der Inhalt des Forderungsrechts in einer solchen Verpflichtung zur Leistung und einer Berechtigung zur Forderung der Leistung. In sachlicher Beziehung aber steht, abgesehen von wenigen ausdrücklich bestimmten Ausnahmen, dem mit dem Forderungsrecht bekleideten Gläubiger das Recht zu, den seine Verbindlichkeit nicht erfüllenden Schuldner durch staatliche Zwangsmittel zur Erfüllung seiner Pflicht zu veranlassen. Er kann den Schuldner auf Erfüllung seiner Verbindlichkeit verklagen. Dieser wird verurteilt, und wenn er dann nicht seiner Verpflichtung nachkommt, dann kann der Gläubiger entweder seinen Anspruch durch staatliche Hilfe gewaltsam durchsetzen lassen oder wenn dies nicht möglich ist, den Schuldner, abgesehen wieder von bestimmten Ausnahmefällen, durch Zwangsmittel, die sich gegen seine Person oder sein Vermögen

richten, zur Erfüllung seiner Schuldpflicht zwingen. Diese in praktischer Beziehung für das Forderungsrecht des Gläubigers sehr wesentliche Befugnis, dem Fordern durch Anrufung gerichtlichen Schutzes und evtl. zwangsweise Durchsetzung des Anspruchs Nachdruck zu verleihen, fehlt dem Gegner, welchem gegenüber der andere Teil vorvertragliche Sorgfaltspflichten zu erfüllen hat. Den Kontrahenten treffen die vorvertraglichen Pflichten nie in dem Sinn, daß der Gegner von ihm durch Klage Erfüllung dieser Pflichten fordern könnte; sie sind vielmehr ganz ähnlich den allgemeinen Pflichten des Hausbesitzers zu sorgfältiger Errichtung und Unterhaltung des Gebäudes im Sinne des § 836 oder des Tierhalters zu sorgfältiger Beaufsichtigung des Tieres nach § 833 Satz 2, nur daß sie konkretisiert sind zugunsten eines bestimmten einzelnen Geschützten. Wer diese ersteren Pflichten schuldhaft vernachlässigt, hat den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, ebenso hat, wer schuldhaft in contrahendo handelt, Schadensersatz zu leisten. Zum Schutz der Allgemeinheit sind diese Pflichten des Hausbesitzers und Tierhalters konstatiert worden. Niemand kann auf Erfüllung dieser Pflichten klagen. Nur wenn infolge Verletzung dieser Sorgfaltspflichten jemandem Schaden zugefügt worden ist, dann kann er Schadensersatz fordern. Ebenso sind zum Schutz des Gegners durch Anerkennung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten der rücksichtslosen Interessenverfolgung in contrahendo Schranken gesetzt worden. Die Schutzinteressen des Gegners verwirklichen sich dadurch, daß ihm bei Verletzung dieser Pflichten ein Schadensersatzanspruch zusteht. Darin erschöpft sich seine Berechtigung. Die vorvertraglichen Pflichten sind keine Verbindlichkeiten im strengen juristischen Sinn. Das Recht gebietet in contrahendo nicht unmittelbar die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges durch ein Tun oder Unterlassen, es gebietet nur die Haftung auf Schadensersatz, wenn bestimmte Handlungen schuldhaft vorgenommen oder nicht vorgenommen werden. Den Kontrahenten treffen vor Vertragsschluß bestimmte L a s t e n. Es liegt in seinem Interesse, diesen nachzukommen, denn wenn er dies nicht tut, haftet er, sofern daraus Schaden entsteht. Aber eine o b l i g a t i o zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen besteht nicht. Man spricht allgemein von vorvertraglichen „Rechtspflichten". Dieser übliche Ausdruck ist aber im Grunde ungenau und verleitet leicht dazu, die Sorgfalt in contrahendo als Erfüllung einer schuldrechtlichen Verbindlichkeit anzusehen. Es besteht aber in Wahrheit keine Verbindlichkeit des Kontrahenten dem Gegner gegenüber zu sorgfältigem Handeln, ihn trifft nur die Haftung für nicht sorgfältiges Handeln, genau in derselben Weise, wie z. B. den Hausbesitzer die Haftung für mangelhafte Unterhaltung des Gebäudes trifft.

Die reichsgerichtliche Ansicht, daß sorgfältiges Handeln in contrahendo sich als Erfüllung einer schuldrechtlichen Verbindlichkeit darstelle, ist abzulehnen. Damit entfällt die Möglichkeit, eine unbedingte

Haftung des Geschäftsherrn für die culpa in contrahendo seines Be-
vollmächtigten konstruktiv auf § 278 zu stützen, damit entfällt aber auch
der Zwang, eine unbedingte Haftung des durch einen gesetzlichen Ver-
treter Vertretenen für dessen vorvertragliches Verschulden zu bejahen.
Wer unter konstruktiver Stützung auf § 278 dem Geschäftsherrn für
die culpa in contrahendo seines Bevollmächtigten haften will, muß
notwendigerweise im Falle einer gesetzlichen Vertretung ebenso ent-
scheiden. Denn § 278 bestimmt eine Haftung des durch eine schuldrecht-
liche Verbindlichkeit Verpflichteten für ein Verschulden seines gesetzlichen
Vertreters in der Erfüllung der Verbindlichkeit in genau dem gleichen
Umfange, wie für ein Verschulden der willkürlich ausgesuchten Hilfs-
person. Daß wir aber eine solche Haftung des durch einen gesetzlichen
Vertreter Vertretenen nicht für billig halten, wurde oben ausgeführt.

Damit, daß nach unserer Ansicht sich aus dem Gesetz auch unter
Stützung auf § 278 die wünschenswerte und der Billigkeit entsprechende
unbedingte Haftung des Geschäftsherrn für culpa in contrahendo des
gewillkürten Stellvertreters nicht begründen läßt, ist aber noch nicht
gesagt, daß de lege lata man eine solche Haftung verneinen müßte und
allein auf § 831 verweisen könnte. Das Gesetz hat wohl eine strenge
Zäsur zwischen Haftung aus einem Schuldverhältnis und Haftung aus
unerlaubter Handlung aufgerichtet. Danach müßte an sich aus der
Struktur des Gesetzes allerdings die Verneinung einer unbedingten
Haftung für die culpa in contrahendo des Bevollmächtigten gefolgert
werden, sowie man wie hier das schuldhafte Verhalten in contrahendo
nicht als Verletzung einer schuldrechtlichen Verbindlichkeit des Kon-
trahenten ansieht. Man wird aber richtigerweise sagen müssen: Das
Gesetz hat das culpa-in-contrahendo-Problem nicht grundsätzlich be-
handelt, es hat nur in Einzelfällen eine Regelung gegeben. Dieses
Fehlen einer allgemeinen Regelung mag einem Mangel in der Erkennt-
nis des Problems oder einem bewußten Willen, der Praxis und Wissen-
schaft freie Hand zu lassen, entsprungen sein. Tatsächlich hat die Wis-
senschaft und die Rechtsprechung in freier Weise das Problem grund-
sätzlich behandelt. Die prinzipielle Anerkennung vorvertraglicher
Sorgfaltspflichten ist geschehen, ohne daß eine zwingende positive
Grundlage im Gesetz vorhanden war. Unter Berufung auf Treu und
Glauben ist durch die Rechtsprechung ein Gewohnheitsrecht geschaffen
worden, das den Kontrahierenden im Stadium der Vertragsverhand-
lungen schon zu einer gewissen Rücksichtnahme auf die Interessen des
Gegners verpflichtet, und zwar in einem viel weiteren Maße als zu der
durch die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen gebotenen
Rücksichtnahme. Die Kontrahierenden befinden sich auf einem Zwi-
schengebiet zwischen vertraglicher und außervertraglicher Rechts-
beziehung. Das Gesetz hat, schon weil es seiner Struktur nach nur eine
Haftung aus Schuldverhältnis oder aus Delikt kannte, eine allgemeine

Regelung des für dieses Zwischengebiet Gebotenen und Verbotenen nicht gegeben und nicht geben können. Die durch Gewohnheitsrecht anerkannte Haftung für schuldhaftes Verhalten in contrahendo wird nicht als eine bloße Erweiterung der deliktischen Haftung angesehen werden können, sondern als eine Regelung des durch eine vom Gesetz konstruktiv gar nicht erfaßte Rechtslage Gebotenen. Haftung für culpa in contrahendo ist weder Haftung aus Schuldverhältnis noch Haftung aus Delikt. Sie steht in der Mitte zwischen schuldrechtlicher und deliktischer Haftung.

Aus dem Gesetz, welches die culpa-in-contrahendo-Haftung nicht grundsätzlich geregelt hat, darf deshalb auch nicht entnommen werden, welche Haftung des Geschäftsherrn für ein Verschulden der Vertreter, die er zum Kontrahieren verwendet, einzutreten hat. Wie für das culpa-in-contrahendo-Problem selbst die Konstruktion: Entweder Haftung aus Schuldverhältnis oder Haftung aus Delikt versagt, so versagt diese entsprechende Unterscheidung: entweder Haftung nach § 278 oder nach § 831 bezüglich der Frage der Haftung für die culpa in contrahendo der Vertragsabschlußgehilfen. Wie beim Grund-Problem die Rechtsprechung mangels gesetzlicher Regelung frei entschieden hat, so darf und hat sie auch in dieser Frage frei zu entscheiden. Sie ist weder durch materielle Bestimmungen des Gesetzes noch durch seinen konstruktiven Bau gebunden. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung hat eine unbedingte Haftung des Geschäftsherrn für Verschulden seiner Vertragsabschlußgehilfen ausgesprochen, und eine solche absolute Haftung ist auch als allein billig zu betrachten. Es wäre richtig gewesen, von einer konstruktiven Begründung ganz abzusehen. Aber ängstlich, wie das Reichsgericht ist, hat es geglaubt, dabei unter allen Umständen eine positive Stütze für diese Entscheidung im Gesetz finden zu müssen. Es hat, weil eine Haftung des Geschäftsherrn für die culpa seiner Vertragsabschlußgehilfen in demselben Maße ausgesprochen werden sollte, wie sie für ein Verschulden seiner zur Erfüllung schuldrechtlicher Verbindlichkeiten verwendeten Gehilfen bestand, die vor Vertragsschluß bestehenden Pflichten zur Rücksichtnahme auf den Gegner als schuldrechtliche konstruiert. Dieser Versuch, aus dem Gesetz auf eine solche Weise die sachlich richtige Entscheidung zu begründen, erscheint unmöglich und ist namentlich, was die Konsequenz bezüglich der aus Billigkeitserwägungen abzulehnenden Haftung für die culpa in contrahendo des gesetzlichen Vertreters anlangt, gefährlich. Dieser unglückliche konstruktive Begründungsversuch wirkt auch verwirrend auf das ganze Problem der Haftung für culpa in contrahendo an sich ein. Er erschwert die Erkenntnis, daß im Gesetz keine generelle Norm für das in contrahendo Gebotene und Verbotene gegeben ist und daß die Rechtsprechung erst, weil das Gesetz sich versagte, in freier Interessenabwägung schöpferisch allgemeine Grundsätze herausarbeitete.

Literaturverzeichnis.

Brecht, System der Vertragshaftung, Dogm. Jahrb. Bd. 53 Seite 213.

Brodmann, Die Haftung des Schuldners nach § 278, Dogm. Jahrb. Bd. 5 Seite 187.

Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträge Rostock 1852.

Dernburg, Lehrb. d. Preuß. Priv. Rechts, 4. Aufl. 1884.

Dernburg, Pandekten 1892.

Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden. 1902.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis d. Preuß. Priv. Rechts. 1887.

Geppert, Arglist des Vertreters beim Vertragsschluß. Recht 1915. 264.

Heck, Philipp, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. 1914.

Heldrich, Das Verschulden beim Vertragsschluß im römischen Recht, Leip rechtswissensch. Studien. Heft 7. 1924.

Jhering, culpa in contrahendo, Dogm. Jahrb. Bd. 4 Seite 1.

Joseph, Die Vertretungsbefugnis des Vormunds. Arch.Ziv.Pr. Bd. 114 Seite 38

Kiehl, Zu einigen Streitfragen beim Kauf. Jur. Woch.Schr. 1914. Seite 49

Leonhard, Franz, Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden b Vertragsschluß. 1896.

Leonhard, Franz, Das Verschulden beim Vertragsschluß. 1910.

Leske, Franz, Vergleichende Darstellung des BGB. und des Preuß. All Landrechts. 1900.

Mommsen, Friedrich, Erörterungen aus dem Obl. Recht Heft 2. 1879.

Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrdrohung. Arch. Ziv. P Bd. 106 Seite 309.

Nußbaum, Haftung für Hilfspersonen nach § 278. 1898.

Oertmann, Ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden beim Ver tragsschluß. Leipz. Zeitsch. 1914 Seite 513 ff.

Ostwald, Der Erfüllungsdiener. 1920.

Pernice, Alfred, Labeo 1900.

Raiser, Schadenshaftung bei verstecktem Dissens. Arch.Ziv.Pr. Bd. 12 Seite 1 ff.

Richter, Schadensersatz bei Verschulden gelegentlich der Vertragsverhand lungen. Jur. Woch.Schr. 1921 Seite 664.

Riehl, Die Arglist beim Vertragsschluß unter besonderer Berücksichtigun der Arglist der Vertreter. Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. 60 Seite 790 ff.

Rümelin, Max, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht. 1896.
Rümelin, Max, Schadensersatz ohne Verschulden. 1910.
Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts. 1851/1853.
Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung. 1900.
Schneider, Der Begriff der Erfüllungshandlungen nach § 278 BGB. Dogm. Jahrb. Bd. 53 Seite 1 ff.
Schulz, Die Haftung für Verschulden der Angestellten im klassischen Römischen Recht. Grünhuts Zeitschrift Bd. 38 Seite 9 ff.
Stoll, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen. Leipz. Zeitschr. 1923. Sp. 532.
Tuhr, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1914.
Übbelohde, Inwieweit haftet nach gemeinem Recht der Schuldner als solcher für diejenigen Personen, deren er sich zum Zwecke der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient. Z. H. R. Bd. 7 Seite 191.
Unger, Handeln auf eigene Gefahr. Dogm. Jahrb. Bd. 30 Seite 361.
Verhandlungen des 17. Juristentags in Berlin. 1884.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten, 8. Aufl.
Zachariä-Crome, Handbuch des Französischen Zivilrechts. 1894.

Lebenslauf.

Ich, Friedrich Faber, bin am 6. Juni 1904 in Backnang als Sohn des jetzigen öffentlichen Notars Friedrich Faber und seiner Ehefrau Christine geboren. Nachdem ich vom Jahr 1911 bis 1913 die Elementarschule in Schwäbisch-Hall besucht hatte, trat ich in das Eberhard-Ludwigs-Gymnasium in Stuttgart ein, das ich im Frühjahr 1922 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte Rechtswissenschaft, und zwar war ich 3 Semester in Tübingen, 2 in Kiel, 1 in Berlin und dann wieder 2 in Tübingen. Dort bestand ich im Frühjahr 1926 die erste höhere Justizdienstprüfung. Seitdem bin ich als Referendar beim Amtsgericht Stuttgart I beschäftigt.

Ich bin durch Geburt württembergischer Staatsangehöriger.